Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Ein und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.

1820.

Lib. XXII. Tit. III.

De probationibus et praesumtionibus.

§. 1144.

Erklärung der Ausdrücke: *probare*, beweisen, Beweis, Beweismittel, Beweisgrund, Vermuthungen.

Der römische Ausdruck *probare*, so wie das teutsche Wort beweisen, wird in verschiedener Bedeutung genommen, von welchen diejenige ausgeht, in welcher hier von *Probatio*, Beweis gehandelt wird. Das Wort *probare* heißt eigentlich soviel, als billigen, mit Etwas zufrieden seyn; wird es aber mit dem Dativ der Person construirt, nämlich *alicui probare aliquid*, so heißt es soviel, als auf irgend eine Art und Weise bewirken, daß ein Anderer etwas für recht, für wahr, für gerecht halte; machen, daß einem Andern etwas gefalle. Z. B. *officium suum alicui probare*[1]). Hier sagt man auch im Teutschen, jemanden Freundschaft beweisen[2]). Insonderheit aber heißt *probare* oder beweisen, einem Andern etwas glaubhaft machen, ihm von Etwas über-

1) Cicero in *Verrem* IV c. 44. ad *Atticum* Lib. XVI. Ep. 7. Ernesti Clav. Ciceron. in indice Latinitat. voc. Probare.

2) S. Adelungs Wörterbuch.

zeugen. So sagt Cicero[3]): *His ego judicibus non probabo, C. Verrem contra leges pecunias cepisse?* In dieser Bedeutung können, um unserm Ziele näher zu kommen, und die Anwendung davon auf den Civilproceß zu machen, nicht nur die Partheyen dem Richter, sondern es kann auch der Richter den Partheyen beweisen, jene, wenn sie Gründe beybringen, um den Richter, als solchen, von der Wahrheit einer streitigen Behauptung, wovon die Entscheidung des Rechtsstreits abhängt, zu überzeugen; dieser, wenn er sein Urtheil mit Gründen unterstützt, um den Partheyen die Ueberzeugung zu verschaffen, daß so, wie geschehen, und nicht anders, in der Sache habe erkannt werden müssen. Ja auch Nebenpersonen im Civilproceß können in jener Bedeutung beweisen. Z. B. der Procurator beweiset durch seine Vollmacht den ihm von seinem Principal ertheilten Auftrag, vor Gericht für ihn zu handeln[4]).

Allein in der Kunstsprache des Civilprocesses wird Beweis von den vor Gericht streitenden Partheyen gebraucht, wenn nämlich eine Parthey dem Richter, als Richter, die Ueberzeugung von der juristischen Wahrheit eines Thatumstandes zu verschaffen sucht, von welchem die Anerkennung des streitigen Rechts abhängt. In dieser hier zum Grunde zu legenden Bedeutung bezeichnet dann das Wort Beweis theils den Inbegriff der processuali-

3) Lib. I. in *Verrem.* cap. 4.

4) S. Walch über die Begriffe, welche im Civil-Prozesse mit den Wörtern Beweisen, Beweis-Mittel und Beweis verbunden werden. In dem Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Prozeß von Martin und Walch. 1. Bandes 1. Heft. Nr. II. S. 63—122.

schen Handlungen, durch welche eine Parthey diese Ueberzeugung des Richters hervorzubringen strebt, d. i. die **Beweisführung**, theils den bezweckten Erfolg derselben, — die Ueberzeugung des Richters — welche dann freylich ihre Grade hat, daher der Beweis bald ein vollständiger, bald nur ein unvollständiger seyn kann; theils das Mittel, durch dessen Gebrauch die richterliche Ueberzeugung hervorgebracht werden, und welches die Grundlage zu derselben zum Resultat haben soll, — **Beweismittel**; — theils endlich die daraus resultirende Wahrheit oder Unwahrheit, — das Product des Beweismittels, welches man den **Beweisgrund** nennt [5]). Dieser Beweisgrund ist nun von zweyerley Art, der **factische**, d. i. das zunächst mit den äussern Sinnen aufzufassende Product des Beweismittels, z. B. die Aussagen der Zeugen, das Gutachten der Sachverständigen, der wörtliche Inhalt einer Urkunde u. s. w., oder der **juristische**, d. i. das Resultat, welches der Richter durch seine juristische Reflexion aus dem factischen Beweisgrunde für seine Ueberzeugung abstrahirt, und dieser juristische Beweisgrund bewirkt entweder **juristische Wahrheit** oder **juristische Unwahrheit**. Nur einen Fall giebt es, wo die aus dem Beweisgrunde hervorgehende Wahrheit eine bis zur Evidenz sich erhebende, **absolute** Wahr-

5) Man vergleiche **Gönner** vom Beweise überhaupt mit einer Revision des Begriffs vom Beweise im Civilprozeß, im Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes. 2. Band. Nr. XXXVII. S. 240—301. und besonders **Gensler** über die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz: im **Archiv** für die civilist. Praxis, herausgegeben von **Gensler**, **Mittermaier** u. **Schweitzer**. 1. B. Nr. III. S. 26—64.

heit ist, nämlich wenn sich der Richter durch eigne sinnliche Wahrnehmung, d. i. durch Auffassung des factischen Verhältnisses mit seinen eigenen, äussern, physischen Sinnen von der Wahrheit der bestrittenen Merkmale des Streit-Objects überzeugen kann. Hier ist auch die Wahrheit eine allgemeine, eine Wahrheit für jeden vernünftigen Menschen, der die nämliche äussere Erscheinung eben so percipiren würde, ohne Beymischung einer besondern juristischen Reflexion. Dahingegen ist jene juristische Wahrheit immer nur eine relative, welche nur in Bezug auf die jetzt streitenden Partheyen für Wahrheit gilt, damit es dem Richter möglich werde, den Streit zu entscheiden [6]). Sie ist, selbst in ihrer höchsten Vollkommenheit, doch nur höchste Wahrscheinlichkeit, welche, selbst die öffentliche Urkunde nicht ausgenommen, nur eine Rechtsvermuthung hervorbringt, die durch directen Gegenbeweis aufgehoben werden kann, und nur bis dahin einen juristischen Zwangsglauben begründet, übrigens aber gar wohl eine materielle Unwahrheit seyn kann. Denn sie wird nur durch die Form des Prozesses zur juristischen Wahrheit erhoben, und führt daher auch mit Recht den Namen einer formellen Wahrheit.

Vermuthungen, *Praesumtiones*, gehören zu den Beweisgründen Es sind Folgerungen, welche das Gesetz, oder der Richter, aus erwiesenen factischen Verhältnissen, und zwar letzterer, nach menschlicher Erfahrung und Ver-

6) S. *Frid. Theoph.* Seydlitz de probationibus singularum litium propriis, nec ad alias lites trahendis. Specim. I. *Lipsiae* 1807. 4.

nunft, zieht. Sie sind daher von zweyerley Art. **Rechtsvermuthungen**, *praesumtiones iuris*, und **menschliche Vermuthungen**, *praesumtiones hominis*. Bey jenen ist das Gesetz das Beweismittel, insofern es gebietet, die Folgerung aus einem factischen Verhältniß für wahr anzunehmen, sobald dieses factische Verhältniß an sich ausser Zweifel gesetzt ist. Bey diesen ist es der Richter selbst, welcher aus einem erwiesenen factischen Verhältniß auf das Seyn oder Nichtseyn des zu beweisenden Factums schließt, weil, der menschlichen Erfahrung und Vernunft nach, die Prämisse und das zu erweisende Factum in einem Cohärenz-Nexus stehen, sich z. B. wie Ursach und Wirkung verhalten. Das Resultat von jenen ist **juristische Wahrheit**, und diese enthält, so weit nicht etwa der Schluß zu einer Rechtswahrheit erhoben ist, einen zwar vollständigen Beweis, welcher aber, weil das Gegentheil des Geschlossenen noch als juristisch möglich gedacht werden muß, durch Gegenbeweis vernichtet werden kann. Menschliche Vermuthungen hingegen geben eine bloße Wahrscheinlichkeit, sie unterstützen zwar andere Beweisgründe, wirken aber für sich keine volle juristische Ueberzeugung. Da übrigens der Richter bey dem Beweise durch Vermuthungen von der Wahrheit der streitigen Thatsache nicht direct überzeugt wird, sondern zunächst von einer andern für wahr und als vorhanden anerkannten Thatsache auf die Wahrheit der streitigen Thatsache eine Schlußfolgerung ziehen soll; so ist dieser Beweis ein **künstlicher Beweis** [7]).

7) S. Quinctilianus *Institut. orator.* Lib. V. cap. 1. et 8. u. *Franc.* Duarenus Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 27.

Die Lehre vom Beweise [8], so wie insonderheit auch die Lehre von Vermuthungen [9], ist nun in unsern Tagen so gründlich und erschöpfend bearbeitet worden, daß ich füglich die Titel der Pandecten, welche vom Beweise handeln, hätte überschlagen können. Um jedoch keine Lücke zu lassen, mag dießmal eine Exegese der Fragmente dieser Titel die Stelle des Commentars vertreten. Ich werde dabey die florentinische Leseart nach der Ausgabe des Taurellius zum Grunde legen, jedoch dabey meine übrigen glossirten und nicht glossirten Ausgaben, so wie die Erlanger Handschrift vom Digestum vetus damit

8) S. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß, mit Zusätzen und Anmerkungen von Jo. Fr. Jury. Magdeburg 1805. Jo. Fr. Reitemeier's Wahrheit vor Gericht. Frankfurt 1802. v. Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Erlangen 1804. 2. B. Nr. XXXVII—LIV. Ernst Christ. Gottl. Schneider's vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen. Giessen und Darmstadt 1803. Hanns Ernst von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und gerichtlichen Beweises, 1. u. 2 Th. Regensburg 1806. Ad. Diet. Weber über die Verbindlichkeit der Beweisführung im Civilprozeß. Halle 1805. Nepom. Borst über die Beweislast im Civilprozeß, mit einer Vorrede von Anselm Ritter von Feuerbach. Bamberg u. Leipzig 1816.

9) Matth. Weindler über Vermuthungen, vorzüglich mit Hinsicht auf bürgerliche Rechtslehre. Landshut 1801. und Aug. Willib. Feuerlein's Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen, in Gönner's Archive für die Gesetzgebung und Reforme des jurist. Studiums. IV. B. (Landsh. 1814.) Nr. I. S. 1—132.

vergleichen. Als Commentare über diese Titel sind zu bemerken Hug. Donellus [10]), Franz Duaren [11]) und Gerh Noodt [12]). Einen exegetisch kritischen Commentar über den Titel der Pandecten de Testibus hat Herr Prof. Schrader [13]) musterhaft bearbeitet. Die Gesetze der beyden Titel des Codex de probationibus und de Testibus hat Janus a Costa [14]) erläutert, und B. Voorda an mehreren Orten mit seinen Noten bereichert.

10) Commentarii ad Tit. Dig. de probationibus, ad Tit. Dig. de fide instrumentorum, et de Testibus. In *Eius* Operib. prior. *Francofurti ad Moen.* 1589. 4. pag. 249—310.

11) In Tit. XIX. libri IV. Cod. et Tit. III. Lib. XXII. Pandectar. de Probationibus. in Operib. *Francofurti* 1592. f. pag. 934—940. In Tit. XXI. Libri IV. Codicis et Tit. IV. Libri XXII. Pandectar. de fide instrumentorum. pag. 941—944. et in Tit. XX. Lib. IV. Cod. et Tit. V. Lib. XXII. Pandectar. de testibus. pag. 945—951.

12) Comment. ad Tit. 3. 4. et 5. Lib. XXII. Dig. in Opp. Tom. II. pag. 474—481.

13) Titulos Digestorum Lib. XII. Tit. V. de condictione ob turp. caus. et Lib. XXII. Tit. 5. de testibus, sedecim Codd. Manuscriptor. aliorumque subsidior. criticor. ope emendatos edidit, notas, apparatum criticum, et praefationem, qua libri, quibus haec crisis nititur, inter se comparantur, adjecit D. *Eduard.* SCHRADER. *Tubingae* 1819. 8.

14) Praelectiones ad illustriores quosdam titulos locaque selecta iuris civ. edidit, notisq. illustravit B. VOORDA. *Lugd. Batav.* 1773. 4. pag. 225—292.

§. 1145—1156.

Erklärung der einzelnen Fragmente dieses Titels [15]).

1. PAPINIANUS *Libro tertio* [16]) *Quaestionum.* Quotiens quaereretur [17]), genus vel gentem [18]) quis haberet, nec ne, eum probare oportet [19]).

15) In den Basiliken nach der Ausgabe des Fabrotus hat Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. die Ueberschrift: Περί ἀποδειξεων, καὶ προλήψεων, καὶ πίστεως δικαιωμάτων, καὶ διαβολῆς ἀντῶν. i. e. *de probationibus et praesumtionibus, et fide instrumentorum, et reiectione eorum.* In dem Erlanger Cod. ist blos die Ueberschrift des Titels befindlich, so wie sie in allen Ausgaben lautet, ohne die Beyfügung Tit. 3. statt dessen steht das gewöhnliche Zeichen ℞

16) Haloander hat *lib. IIII. Quaestionum.* Allein man sehe *Abr.* WIELING Iurispr. restituta Tom. I. p. 140. Cod. Erl. hat bloß den Namen Pap̄.

17) Der Erlang. Codex lieset: Quotiens genus vel gentem, zwischen diesem letztern und dem folgenden Worte quis, ist von einer andern Hand mit schwärzerer Dinte das qu mit dem Einschaltungszeichen |/ darüber geschrieben. Interpunctionen, so wie sie in der Taurellischen Ausgabe erscheinen, finden sich, ausser dem letzten Punct, in dem Erlang. Codex nicht. Statt quaereretur, lieset Baudoza Cestius *quaeritur.* Die Basiliken haben auch ξητεῖται.

18) In den Basiliken fehlen die Worte *vel gentem.* Die Stelle lautet so: Παπιαν. Οσάκις ξητεῖται, ποῖον ἔχει τις γενός, ἀντὸς ἀποδεικνυσι. i. e. *Quoties quaeritur, quale genus quis habeat, ipse probare debet.* Allein in den Scholien pag. 23. ist eine Note vom Cyrillus angeführt, welche die ganze Stelle vollständig enthält. Sie lautet so: Οτε περὶ γένους ἢ ἔθνους

Es kommt hier zunächst auf die Erklärung der Worte *genus* und *gens* an, welche von den Auslegern auf sehr verschiedene Art gedeutet werden.

Der griechische Scholiast [20]) erklärt das *genus* von der verwandtschaftlichen Abstammung, z. B. es behauptet Jemand, er sey der Sohn des Titius. Das Wort *gens* aber von dem Ort der Herkunft, oder der Landsmannschaft. Z. B. es behauptete Jemand, er gehöre zu einem solchen Volke, welches mit den Römern im Bündniß stand, und machte, als solcher, Ansprüche an die den Bundesgenossen zugestandenen Privilegien.

Die Glosse des Accursius bezieht das *genus* auf den Successionsfall, wo es auf den Beweis der Verwandtschaft mit dem Erblasser ankommt. Die *gens* aber erklärt sie von dem Wohnorte, welcher z. B bey der Excusation von der Tutel zur Sprache kommen konnte, weil nach dem Röm Rechte eine gewisse Anzahl von Kindern, die nach Verschiedenheit des Wohnorts bestimmt war, von dieser Bürde befreiete [21]).

Die spätern Ausleger erklären hingegen beyde Ausdrücke von der Verwandtschaft, jedoch auf verschiedene

τινὸς ζητεῖται, ἀυτὸς δεικνύτω τοῦτο προϊσχόμενος- i. e. *Cum de genere aut gente alicuius quaeritur, probatio ei incumbit, qui id allegat.*

19) Haloander lieset oportere. Mit der Taurellischen Leseart stimmt Cod. Erlang. und alle übrigen Ausgaben überein, welche ich besitze, die des Russard, Charondas, Baudoza, Hugo a Porta, Sim. van Leeuwen, und Gebauer.

20) Tom. III. Βασιλικῶν pag. 22. et 23.

21) *Pr. I. de Excusat. tutor.*

Art. Andreas Alciat[22]) sagt, der Ausdruck *gens* wäre von den Verwandtschaften der Patrizier, das Wort *genus* oder *stirps* aber von den Verwandtschaften der Plebejer gebraucht worden. Denn Cicero[23]) unterscheide in dem Falle, wo zwischen zwey Familien, den Marcellern und Claudiern, über die Erbschaft des Sohns eines Freygelassenen gestritten wurde, und die Familie der Marceller, welche plebejisch war, behauptete, daß sie ihnen der *stirps* nach, die andere der Claudier aber, welche patricisch war, daß sie ihnen der *gens* nach angefallen sey, zwischen ius *stirpis* und ius *gentilitatis*, und Livius[24]) sage von den Patriziern: Semper ista audita sunt eadem, penes vos auspicia esse, *vos solos gentem habere.*

Ganz anders erklert Jacob Raewaerd[25]) den Unterschied zwischen *genus* und *gens*. Die Blutsfreundschaft, sagt er, werde nach dem Civilrecht in *gens* und *genus* eingetheilt. Die erstere begreife das letztere immer unter sich, aber nicht das genus die gens. Denn der Ausdruck *genus* werde blos von Verwandten der geraden Linie, von Ascendenten und Descendenten gebraucht. Dieß beweise schon die Abstammung des Worts. *Genus* sey von *geno* benannt, welches die Alten für gigno gebrauchten. Das Wort *gens* hingegen begreife die Agna-

22) Παρεργῶν iuris Lib. I. cap. 12. pag. 14. sq. (*Lugduni* 1539. 8)

23) *De Oratore* Lib. I. cap. 39.

24) *Lib. X. Cap.* 8.

25) *Iac.* RAEVARDUS Variorum s. de iuris ambiguitatib. Lib. V. Cap. I. *Operum* (*Lugduni* 1623. 8.) Tom. I. pag. 623. sqq.

ten und Gentilen unter sich. Er beruft sich auf eine alte Inscription, auf welcher von vermachten Gärten folgendes geschrieben steht: *Excepitque, ne quis eos venderet, sed per* GENUS *ipsorum possessio curreret, vel per adgnatos, vel manumissos.* Eine gens sey nämlich wieder in stirpes, oder familiae eingetheilt worden. Sie bestand also aus mehreren Familien. Die zu einer Familie gehörten, hießen *agnati*, die aber blos denselben Namen führten, gehörten zu derselben *gens*, und waren *gentiles* 26). Daher habe das ius stirpis ein näheres Recht zur Erbschaft gegeben, als das ius gentilitatis, und nur dieses unterscheide Cicero an dem vom Alciat angeführten Orte 27); und dieser Unterschied scheine auch unserm Papinian nicht unbekannt gewesen zu seyn.

Franz Duaren 28) hat sich über diesen Unterschied nicht bestimmt erklärt. Doch sieht man so viel, daß er den Ausdruck *gens*, mit Beziehung auf die bekannten Stellen des Cicero, von solchen Verwandten erklärt, die einerley Namen führen, das Wort *genus* aber von solchen, die zwar eiusdem sanguinis, nicht aber eiusdem nominis sind, wie z. B. die Cognaten.

Jacob Cujaz 29), der unserm Fragment einen

26) CICERO in *Top.* Cap. 6. *Gentiles* sunt, qui inter se eodem nomine sunt.

27) Man sehe über diese Stelle des Cicero auch Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 69. Not. 8. u. 9. §. 77. Not. 3.

28) Comm. in hunc Tit. Cap. 4. *Opp.* pag. 938.

29) Commentar. in Libr. III. Quaestionum Papiniani ad L. 1. D. h. t. Operum postumor. a *Fabroto* editor. Tom. I. pag. 82—84.

eignen Commentar gewidmet hat, bezieht dasselbe auf einen entstandenen Rechtsstreit über eine legitime Erbschaft. Er verwirft die Erklärung der Glosse als die allerungereimteste, nach welcher auch *genus* soviel als agnatio, und *gens* soviel als cognatio heißen könne. Denn die Gentilität sey durch jede Capitisdeminution verloren gegangen, aber nicht die Cognation [30]). Cujaz weicht auch vom Räwaerd darin ab, daß er unter *genus* nicht blos die Verwandten der geraden Linie versteht, sondern vielmehr dafürhält, daß diese Benennung sowohl auf Agnation als Cognation, d. h. sowohl auf die männliche als weibliche Linie sich beziehe, dahingegen das Wort *gens* nur die erstere allein umfasse.

Denys Godefroy [31]) führt blos an, was Rävard über gens und genus sagte, und bezieht übrigens dieses Fragment auf Successionen und Tutelen, welche den Agnaten und Gentilen pflegten deferirt zu werden.

Robert Joseph Pothier [32]) erklärt die Ausdrücke genus und gens gar nicht, sondern setzt blos bey haberet die Bemerkung hinzu, ad obtinendam hereditatem legitimam.

So stimmen nun also die meisten Ausleger darin überein, daß die Ausdrücke *genus* und *gens* sich auf Verwandtschaft beziehen sollen, insofern sie bey Erbstreitigkeiten, oder auch allenfalls bey gesetzlichen Tutelen zur Sprache kommen konnte. Allein dann war ja auch zwischen beyden kein Unterschied. Denn das Wort *gens* ent-

30) *§. ult. I. de legit. agnator. tut.*

31) Not. ad L. nostr.

32) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. I. not. b. p. 633.

stand aus *genus*, vermuthlich durch Contraction. Daher werden beyde Ausdrücke in einerley Sinn sowohl von patricischen als plebejischen Geschlechtern genommen, wie aus mehreren Stellen der römischen Classiker [33]) erhellet. Anfangs glaubten freylich die Patricier, nur sie allein hätten gentem, wie Livius in der oben von Alciat angeführten Stelle sagt. Allein seitdem die Plebejer sich den Weg zu den curulischen Magistratsstellen gebahnt hatten, und ihrer Ehe mit Personen aus dem patricischen Geschlechte kein Gesetz mehr im Wege stand; so verschwand auch die Würde der Gentilität [34]), und gerade der oben erwähnte Fall bey Cicero beweiset, daß die Marceller, ob sie gleich nur Plebejer waren, dennoch, der Stirps oder der Familie nach, ein vorzüglicheres Recht zur Erbschaft des Verstorbenen hatten, als die patricische Familie der Claudier, welche sich auf die gens beriefen, und also keine Agnaten, sondern nur Gentilen waren [35]). So ungegründet hiernach Alciats Erklärung erscheint, eben so wenig läßt sich behaupten, daß Papinian noch an eine successio gentilitia gedacht haben sollte, da Cajus [36]) sagt: *gentilitium ius in desuetudinem ab-*

33) Cicero Orat. *pro L. Murena* c. 7. et *pro domo* cap. 14. Livius Lib. VI. cap. 37. Plinius in *Panegyr. Trajani* Cap. 69. Insonderheit sagt Festus: *Gentilis* dicitur, et *ex eodem genere* ortus, et is, qui *simili nomine* adpellatur.

34) S. *Ern. Mart* Chladenii de gentilitate vet. Romanor. liber. sing. Cap. XII. §. 5. pag. 145. sqq.

35) S. Raevardus Varior. Lib. V. c. 1. *Oper.* Tom. I. pag. 625.

36) Collatio Legg. Mosaicar. et Rom. Tit. XVI. §. 2. in fin. in Hugo Iur. civ. Antejust. T. II. pag. 1469.

iisse, und deswegen für überflüßig hielt, davon in seinen Commentarien ausführlicher zu handeln, und eben so Ulpian [37]): *Nec gentilitia iura in usu sunt.* Ueberhaupt ist gar keine Nothwendigkeit vorhanden, das Fragment gerade auf Erbschaften oder Vormundschaften zu beziehen. Die Wörter *genus* und *gens* haben ja auch noch andere Bedeutungen, als die von Verwandtschaften. *Genus* kann zwar hier allerdings auch soviel, als Abstammung heißen, wie es auch Brísson [38]) erklärt; allein warum soll denn *gens* gerade eben so viel bedeuten, da unter den Kaisern theils durch die veränderte Verfassung, theils durch das Aussterben so vieler alten Geschlechter, theils durch die häufigen Adoptionen, und daher entstandene Veränderung und Vermischung der Namen, theils endlich durch die Mordsucht des Kaisers Antoninus Caracalla Name und Begriff von *gens* und *gentiles*, und das Recht der Gentilität so ganz erloschen und ausgerottet war, daß wohl zu Papinians Zeiten nicht leicht mehr die Frage davon seyn konnte, wem der Beweis hierüber aufzulegen sey [39])? Es scheint also das Wort *gens* hier eine ganz andere Bedeutung zu haben. Es ist bekannt, daß dieses Wort auch häufig soviel, als

37) Cit. loc. §. 4. pag. 1473.

38) De Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Significat. voc. *Genus*.

39) S. Chladenius de gentilitate Veter. Rom. Cap. 13. *Car. Frid.* Zepernick Disquis' de causis centumviralibus §. VII. in Syllog. Opusculor. adj. *Siccamae* de iudicio centumvirali *Halae* 1776 edito. pag. 249 —251. von Savigny über die sacra privata der Römer, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 2. B. Nr. XV. S. 384.

natio, populus, civitas bedeutet [40]). Z. B. gens Cilicum [41]), gens Booetorum [42]). In diesem Sinne nimmt hier der griechische Scholiast das Wort *gens*, und ich glaube, wir haben nicht Ursache, diese Erklärung zu verwerfen. Denn, nicht zu gedenken, daß die Scholiasten der Basiliken hauptsächlich die Erklärungen der alten Ausleger des Justinianeischen Rechts, eines Thaleläus, Cyrillus, Theodorus, Stephanus und anderer benutzt haben [43]; so war ja auch der Fall bey den Römern gar nicht selten, daß es auf die Frage ankam, an municeps quis sit, i. e. huius vel illius civitatis civis? denn es gab ja viele Völker, Nationen und Städte, die unter dem römischen Scepter standen, und doch nach ihren eignen Gesetzen lebten, und andere Freyheiten genoßen, welche daher *gentes liberae*, *civitates liberae* genannt wurden [44]. Wie wichtig konnte hier nicht die Frage seyn, ob Jemand zu einer solchen gens oder civitas gehöre? Von einem solchen Beweise handelt unter andern Papirius Justus *lib.* 2. *de constitutionibus* [45]), wenn er daselbst sagt: Cum quaeritur, *an*

40) S. Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Gens* und Gesneri Thes. erud. Scholast. h. v.

41) Cicero *ad Div.* lib. XV. Ep. 1.

42) Livius Lib. XXXV. c. 47.

43) S. Bachii Histor. iurisprud. Rom. Lib. IV. Cap. I. Sect. III. §. 22. et Cap. II. Sect. III. §. 4. und *Andr. Guil.* Cramer Dispunction. iuris civ. liber sing. (*Suerini* et *Wismar.* 1792. 8.) Cap. I. pag. 15.

44) Eine Menge Beyspiele hiervon hat *Ez.* Spanhemius in Orbe Romano Exercit. II. Cap. 9. et 10. angeführt.

45) *L.* 38. §. 5. *D. ad Municipalem.*

municeps quis sit? ex ipsis etiam rebus probationes sumi oportere, nam solam nominis similitudinem ad confirmandam cuiusque originem satis non esse. Ueberhaupt lehrt auch der ganze Titel ad Municipalem, wieviel es auf den Geburtsort oder das Vaterland eines Römers ankam; besonders wenn von muneribus publicis, oder von der Competenz des fori die Rede war [46]). Denn in diesen Fällen imprimirte die Herkunft einen unauslöschlichen Character, welcher weder durch Veränderung des Wohnsitzes, noch durch Adoption anfgehoben wurde [47]). Kein Wunder, wenn daher ein Municeps zuweilen auch seine Herkunft verläugnete [48]), oder läugnete, daß er aus der Stadt herstamme, welche ihm bürgerliche Lasten aufbürden wollte [49]). Hier kam es nun darauf an, wer als Kläger auftrat. Klagte die Stadt, so mußte sie die Herkunft ihres Municeps erweisen. Klagte aber letzter, so war dieser angewiesen, die Klage bey dem Präses der Provinz anzustellen, unter dessen Pflege diejenige Stadt stand, welche ihn zu den bürgerlichen Pflichten aufforderte, nicht bey der Behörde der Stadt, aus welcher er herzustammen behauptete; und ihm lag in diesem Falle der Beweis ob [50]). Daß auch bey

46) *L.* 29. *D. eodem.* *L.* 1. 3. *et* 5. *Cod. de municipibus.*

47) *L.* 7. *Cod. de adopt.* S. den 6. Th. dieses Commentars §. 511.

48) *L.* 6. *pr. D. ad Municipalem.*

40) *L.* 37. *pr. D. eodem.*

50) *L.* 37. *pr. D. cit.* Callistratus *Libro I. de Cognitionibus.* De iure omnium incolarum, quos quaeque civitates sibi vindicant, Praesidum provinciarum cognitio est. Cum tamen se quis negat incolam esse, apud eum Praesidem provinciae agere debet,

der Streitfrage über Abstammung nach dem Geblüt (genus) ein solcher zweyfacher Beweis Statt haben konnte, lehrt die Novelle 36 wo es heißt: *ut ad genus probandum utraque pars probationes afferat*[51]). Hieraus erklären sich nun die Worte unsers Fragments: *genus vel gentem quis haberet, nec ne*, eum probare oportet, sc. qui agit, sive affirmet, sive neget[52]). Daß aber auch bey dem Streit über Verwandtschaft, der Kläger den Beweis übernehmen müsse, wenn er dem Beklagten die behauptete Verwandtschaft streitig macht, sofern er nämlich darin den Grund seiner Klage setzt, wird unten die *L.* 14. *D. h. t.* lehren Der Sinn der erklärten Stelle wäre also der: So oft ein Streit über Verwandtschaft oder Herkunft entsteht, muß derjenige den Beweis übernehmen, der den Grund seiner Klage darin setzt, er behaupte sie

sub cuius cura est ea civitas, a qua vocatur ad munera, non apud eam, ex qua ipse se dicit oriundum esse: idque Divus Hadrianus rescripsit mulieri, quae aliunde orta, alibi nupta est.

51) Sehr richtig macht Cujacius in Exposit. Novellar. bey der Nov. 36. die Bemerkung: *Quod valde pertinet ad L. 1. D. de probat.*

52) Auch bey Sklaven konnte über die Nation derselben Frage entstehen. *L.* 31. §. 21. *D. de aedilit. Ed.* Es hat keinen Zweifel, daß derjenige, welcher die Klage aus dem Aedilizischen Edict darauf gründete, auch den Beweis führen mußte. Allein auf diesen Fall hat unser Fragment keine Beziehung. Denn bey Sklaven betraf die Nation die Qualität des Objects. Die Worte: genus vel gentem *quis* haberet, gehen aber auf das Subject.

nun entweder für sich, oder bestreite sie dem Beklagten.

L. 2. PAULUS *libro LXIX. ad Edictum*[53]). Ei incumbit probatio, qui dicit; non[54]) qui negat[55]).

Paulus sucht hier durch eine allgemeine Regel die schwierige Frage zu entscheiden, wem von beyden Theilen

53) Cod. Erl. hat blos den Namen Paul'. Haloander: PAULUS *lib. XLIX. ad Edictum.* Hugo a Porta in der Ausgabe *Lugduni* 1572. f. PAULUS *libro septuagensimo nono ad Edictum.* Eben so die Prachtausgabe *Parisiis* apud *Sebastianum Nivellium* 1576. f. Die Torellische Leseart haben jedoch die meisten, insonderheit Baudoza, Russard, Charondas, Godefroy und Gebauer. Dieselbe nimmt auch *Abr.* WIELING in Iurisprud. restituta. T. I. pag. 175. an. Die Göttinger Ausgabe hat diese Varianten nicht bemerkt.

54) Nach non macht Haloander ein Comma. Cod. Erlang. hat nach den Worten: qui dicit das Zeichen ! und nach negat ein Punctum. Liefet übrigens: non *illi* qui negat.

55) Die *Basilica* Lib. XXII. Tit. 1. Const. 2. stimmen genau mit unserm Fragment überein. Es heißt daselbst: Παυλ. Ὁ λέγων, οὐ μὴν ὁ ἀρνούμενος, ἀποδεικνύει. i. e. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* Mit denselben Worten stellt auch HARMENOPULUS in seinem Προχειρον νομων oder Promptuarium iuris Lib. I. Tit. II. §. 8. die Regel des Paulus auf; und in dem von Senkenberg edirten Brachylogus iuris civ. s. Corpus Legum paulo post Iustinianum conscriptum Lib. IV. Cap. 14. pag. 225. lehrt der Verfasser ganz derselben gemäß: Quum vero quaestio facti est; qui di-

im Prozeß die Last des Beweises obliege? So wichtig diese Frage für den Richter ist, so angelegentlich hat man sich in unsern Tagen bestrebt, dieselbe auf das genaueste zu erörtern; und gewiß haben sich in dieser Lehre Weber und Borst durch ihre unübertreflichen Schriften über Beweislast im Civilprozeß ein bleibendes Verdienst erworben. Ich beschränke mich hier blos auf mein Fragment. Paulus setzt hier dem, qui dicit, denjenigen entgegen, qui negat, und legt dem erstern die Beweislast auf, von welcher er den letztern befreiet. Alles kommt demnach auf die richtige Erklärung des Worts *dicere* an. Viele erklären nun dasselbe durch affirmare, und glauben daher den Sinn des Paulus vollkommen getroffen zu haben, wenn sie die Regel aufstellen: Nur dem, der etwas bejahet, nicht dem Verneinenden, liegt der Beweis auf, oder wie man sie auch ausdrückt: *adfirmanti incumbit probatio, non neganti.* Schon in den Scholien der Basiliken[56]) heißt es: *Σημείωσαι νόμιμον γενικόν, ὅτι ὁ διαβεβαιούμενος, ὀυχ ὁ ἀρνούμενος βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. ἀρνήσεως γὰρ ὀυκ ἔστιν ἀπόδειξις, πλὴν ἐι μὴ προλήψει ἐναντιοῦται ἡ ἄρνησις.* i. e. *Nota regulam generalem, eum, qui adfirmat, non eum, qui negat, onus probationis subire: negationis enim probatio non est, nisi si negatio praesumtioni adversetur.* Die Glosse des Civilrechts macht blos aus dieser Regel

cit factum esse aliquid, probare debet. *Ei enim incumbit probatio, qui dicit: non ei, qui negat.* Factum enim negantis, naturali iure, nulla est probatio.

56) Basilica Fabroti Tom. III. pag. 23.

zwey, sonst stimmt sie ganz mit jener Erklärung überein. Diese Regel pflanzte sich nun weiter fort, und fand nicht nur unter den Rechtsgelehrten viel Anhänger, sondern ging auch in die Decretalen der Päbste über [57]. Weil aber dennoch nicht nur mehrere Stellen in diesem Titel [58]) die Ueberzeugung geben, daß der Beweis einer Verneinung nicht nur möglich, sondern auch oft nothwendig sey, überdem den Päbsten selbst Fälle zur Entscheidung vorgetragen wurden, wo sie nicht anders, als der verneinenden Parthey, den Beweis auflegen konnten [59]); so suchten die Glossatoren des Canonischen Rechts durch den sonderbaren Unterschied zwischen einer negativa *iuris, facti* et *qualitatis* [60]), die Civilisten aber dadurch die Sache ins Reine zu bringen, daß sie für solche Negationen eine Ausnahme machten, quae vim affirmandi habent [61]). Allein wie wenig dadurch die Lehre gewann, zeigten die neuern Rechtsgelehrten, welche in ihren Schriften jene Regel auf mancherley Art zu berichtigen suchten, wie aus dem treflichen Werk des Weber [62]) zu ersehen

57) *Cap.* 11. *et* 12. *X. h. t. cap.* 23. *X. de elect.* S. Weber in der oben angef. Schrift. S. 209—217.

58) *L.* 5. *L.* 8 *L.* 15 *h. t.* Mehrere Beyspiele geben *L.* 11. *L.* 13. *L.* 14 *C. h. t. L.* 10. *D. de Verb. Obl. L.* 5. *C. de Codicil. L.* 5. *C. de iniur.*

59) *Cap.* 5. *X. de renunciat.*

60) S. *J. H.* Boehmeri ius Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 19. §. 5.

61) S. *Jac.* Cujacius Commentar. in Lib. III. Quaestion. *Papiniani* ad L. 1. D. de probat. et Comment. in Lib. LXIX. *Pauli* ad Edictum ad L. 2. eod.

62) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. VI. Abschn. §. 2. S. 157. ff.

ist. Doch wieder auf das Wort *dicere* zurückzukommen, so läßt sich darunter eben sowohl eine verneinende, als bejahende Behauptung begreifen. Es heißt hier soviel, als etwas vorbringen, oder behaupten, was zur Begründung einer Klage oder Einrede gehört, es mag das Seyn oder Nichtseyn einer bestrittenen Thatsache betreffen. Daher ist der Kläger in Rücksicht der Klage, der Beklagte aber in Hinsicht der Einrede is, qui dicit; mithin muß der Kläger den Grund seiner Klage, der Beklagte aber den Grund seiner Einrede beweisen, wie die nachfolgenden Fragmente [63]) lehren werden. Nun läßt sich auch gar leicht darnach bestimmen, welcher derjenige sey, *qui negat;* nämlich nicht derjenige, welcher etwas überhaupt verneinet, sondern derjenige, der die Thatsache abläugnet, welche der andere Theil zur Begründung seiner Intention gegen ihn angeführt hat. Wenn also der Beklagte den factischen Grund der Klage, oder der Kläger den factischen Grund der Einrede läugnet; so ist er der negirende Theil, und es bringt schon die Natur der Sache mit sich, daß demjenigen, welcher abläugnet, was gegen ihn vorgebracht wird, der Beweis nicht aufgelegt werden könne, auch selbst dann nicht, wenn der Gegner seine Behauptung zu erweisen nicht vermag, wie die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L.* 23. *Cod. de probat.* an den Menelaus rescribirt haben: Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate probandi contrarium non adstringit: *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.* Wenn also der Kläger selbst gesteht, daß er seine Behauptung zu beweisen nicht im Stande

63) *L.* 19. *pr.* *L.* 21. *in fin.* *D. h. t.*

sey, so kann er nicht von dem Beklagten verlangen, daß dieser nun das Gegentheil von der Behauptung des Klägers beweisen solle; nicht darum, als ob überhaupt derjenige, der etwas verneinet, eben dadurch von allem Beweise frey sey; denn das würde mit andern gesetzlichen Vorschriften dieses Titels, welche in der Folge vorkommen werden, im offenbaren Widerspruche stehen, auch nicht deswegen, als ob eine Verneinung sich per rerum naturam gar nicht beweisen lasse; dieß wäre nur dann der Fall, wenn der Beweis einer Verneinung ohne alle Beschränkung auf Zeit und Ort geführt werden sollte; ausserdem läßt sich das Nichtseyn einer Thatsache so gut, als deren Seyn erweisen; denn wo bliebe sonst der Gegenbeweis? sondern weil vernünftigerweise derjenige mit keinem Beweise belastet werden kann, welcher eine gegen ihn angeführte Thatsache abläugnet [64]. So erklärt sich nun auch ein anderes Rescript eben dieser Kaiser, nämlich *L. 8. C. h. t.* wo es heißt: Frustra veremini, ne ab eo, *qui lite pulsatur* (nämlich wenn der Beklagte die Klage läugnet) probatio exigatur. Man macht nun zwar in dem Falle eine Ausnahme, wenn die Verneinung oder Abläugnung eine Rechtsvermuthung gegen sich hat. Allein die Rechtsvermuthung befreit nicht schlechterdings denjenigen von der Beweislast, der sie für sich hat, sie bewirkt nur soviel, daß derjenige, welcher seine Klage oder Einrede auf eine solche Thatsache stützt, die von dem Gesetz aus einer andern gefolgert wird, nun freylich nicht weiter nöthig habe, die vom Gesetz gefolgerte Thatsache zu beweisen. Nur in dieser Hinsicht ist

64) S. Weber a. a. O. Abschn. 6. §. 3. S. 187. ff. und Borst über die Beweislast im Civilprozeß. §. 18. ff.

es wahr, daß eine gesetzliche Vermuthung vom Beweise befreie. Er muß aber doch eine andere beweisen, welche den Vermuthungsgrund enthält [65]). Noch einen Beleg zu unserer *L.* 2. giebt *L.* 1. *C. h. t.* wo die Kaiser Severus und Antoninus an einen gewissen Faustinus auf folgende Art rescribiren. Ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere [60]) cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare debet. Klagt ein Gläubiger aus einem Darlehn, und der Beklagte läugnet den Empfang des Geldes; so muß der Kläger die Numeration beweisen. Dem Beklagten liegt natürlicher Weise kein Beweis ob [66]). Denn er bestreitet ja den Grund der Klage. Kann der Kläger jenen Beweis nicht beybringen, so muß der Beklagte von der Klage entbunden werden [67]). Be-

65) Nach der gewöhnlichen Interpunction steht das Komma nach numeratam. Allein das numeratam ist richtiger mit implere zu verbinden, und das Komma nach pecuniam petit, zu setzen, wie auch schon SALMASIUS de modo Usurarum Cap. XI. pag. 472. dafürhielt. Wenn er jedoch für petit, lieber tradidit lesen will, so ist dazu keine Nothwendigkeit vorhanden. Zwar bemerkt *Charondas* die Leseart tradit. Allein die richtigere Leseart ist unstreitig petit. *Charondas* bemerkt auch, daß in seinem Codex Auredaneus implere intentionem cogitur gelesen werde. Es heißt aber *implere*, wie schon die Glosse des Accursius bemerkt, hier soviel als beweisen, und bezieht man das Wort numeratam darauf, so ist intentionem ganz überflüßig.

66) So ist die *L.* 10. *Cod. de non num. pecunia* zu verstehen, wenn es daselbst heißt: Negantis numerationem naturali ratione probatio nulla est.

67) GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XIV. cap. 2. hätte sich

hauptet hingegen der Beklagte, er habe das Darlehn schon wieder bezahlt, so muß er den Beweis seiner Behauptung übernehmen, wenn der Kläger diese Einrede läugnet. Kann er diesen Beweis nicht führen, so muß er zur Bezahlung verurtheilt werden.

Fassen wir nun alles zusammen, so enthält unser Fragment folgenden Grundsatz, der uns den wahren Sinn desselben in seinem ganzen Umfange darstellt. **Wer ein Factum vor Gericht anbringt, und dadurch eine Klage, oder Einrede, Replic oder Duplic zu begründen sucht, muß sein Anbringen, wenn es sein Gegner als unwahr bestreitet, so weit es zur Begründung seiner Intention erforderlich ist, und ihn nicht eine gesetzliche Vermuthung davon befreiet, um zu siegen, beweisen; seine Behauptung mag das Seyn oder Nichtseyn einer Thatsache betreffen. Der Beweis kann seinem Gegner, dem Läugnenden, nicht aufgebürdet werden.**

L. 3. PAPINIANUS [68]) *Libro nono Responsorum.*

Cum tacitum fideicommissum ab eo datur [69]),

hier, als Richter, nicht sollen irre führen lassen, durch den Philosophen **Favorinus**, um zu dem eidlichen Bekenntniß, *sibi non liquere* seine Zuflucht zu nehmen.

68) Cod. Erl. hat Paul'.

69) Nach datur hat C. Erl. ein Punctum. In den *Basilicis* T. III. pag. 1. heißt es: Ὅτε δοθῇ τι τῷ μὴ δυναμένῳ κατὰ νόμους λαβεῖν ληγάτον ἀπό τοῦ γραφέντος ἐν τῇ πρώτῃ καὶ δευτέρα διαθήκῃ κληρονόμου.

qui tam in primo[70]) quam in secundo testamento pro eadem parte, vel postea pro maiore heres scribitur: probatio mutatae voluntatis[71]) ei debet incumbere, qui convenitur: cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat[72]), eos ita[73]) heredes scribere, quorum fidem elegerunt.

Tacitum fideicommissum wird in den Gesetzen eine Erbschaft oder Vermächtniß genannt, so einer unfähigen Person heimlich gegen das Verbot der Gesetze durch Vermittelung einer erbfähigen Person hinterlassen worden ist. Solche Fideicommisse erfand man in fraudem legum. Wenn nämlich ein Römer einer Person eine Erbschaft, oder einen Theil derselben, oder ein Vermächtniß zuwenden wollte, welcher im Testament entweder gar nichts, oder nicht soviel hinterlassen werden konnte, als der Testirer wollte; so setzte er eine fähige Person zum Erben ein, und ließ sich von derselben heimlich, mündlich oder schriftlich, versprechen, daß sie die Erbschaft oder das Vermächtniß, so wie es der Testirer wünschte, der ihr genannten unfähigen Person wieder abtreten wolle[74]).

i. e. *Cum ei, qui non potest secundum leges capere legatum ab eo datur, qui scriptus est in primo et secundo testamento heres.*

70) Haloander macht nach primo ein Komma. Eben so Baudoza.

71) Cod. Erl. voluntatis mutatae.

72) Haloander persuadet.

73) Cod. Erl. ita eos.

74) Brissonius de Verbor. iur. Signif. voc. *Tacitus* nr. 2. Ganz etwas anders ist *fideicommissum tacitum*, i. e.

Dergleichen Fideicommisse waren nichts Seltenes, wie die Beyspiele bey Cicero [75]) und Quinctilian [76]) beweisen. Ja Paulus hatte ein ganzes Buch *de tacitis fideicommissis* geschrieben [77]). Aus dem Justinianeischen Gesetzbuche sind folgende Stellen merkwürdig. *L.* 103. *D. de legatis I.* wo Julian (*lib.* 83. *Digestorum*) sagt: In *tacitis fideicommissis* fraus Legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei, qui capere non potest [78]). — *L.* 10. *pr. D. de his, quae ut indignis aufer.* (Cajus *lib.* 15. *ad L. Juliam et Papiam*). In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restituturum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur: sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit. Man sieht hieraus, 1) daß ein tacitum fideicommissum durch ein heimliches Einverständniß mit dem Erben müßte eingegangen worden seyn. War also der Erbe

quod tacita voluntate testatoris relinquitur. S. Westenberg Princip. iur. sec. ord. Pand. Lib. XXXVI. Tit. 1. §. 3.

75) *De finib. bonor. et malor.* Lib. II. c. 17. et *in Verrem* Lib. XLI. cap. 47.

76) Quinctil. *Institut. orator.* Lib. IX. c. 2. Verb. Nam quia per leges institui uxor non poterat heres, id fuerat actum, ut ad eam bona *per hoc tacitum fideicommissum* pervenirent.

77) *L.* 49. *D. de iure fisci.* S. *Abr.* Wieling Iurispr. restituta. pag. 207.

78) Fast mit denselben Worten sagt das Nämliche auch Callistratus *L.* 3. *pr. D. de iure fisci.*

palam; d. h. in einem Testament oder Codicill gebeten worden, einer unfähigen Person die Erbschaft, oder einen Theil derselben wieder abzutreten; so war dieses kein tacitum fideicommissum. Non intelligitur fraudem legi fecisse, sagt Callistratus *libro 3. de iure fisci* 79), qui rogatus est *palam* restituere. Das Vermächtniß war zwar ungültig, aber doch nicht strafbar, es wurde pro non scripto gehalten. Ein Anders war, wenn der Testirer zwar das Fideicommiß im Testament angeordnet, aber die Person des Fideicommissars nicht genannt hatte 80). War dieses in fraudem legum geschehen, so entschuldigte den Erben nicht, daß die Anordnung des Fideicommisses im Testament enthalten war. Es war dennoch ein tacitum fideicommissum, wie Marcellus 81) lehrt. 2) Der Fideicommissar muß schon zur Zeit des Testaments unfähig gewesen seyn. War er zu der Zeit erbfähig, allein zur Zeit des Todes des Erblassers in den Zustand gerathen, wo es ihm von den Gesetzen verboten ist, das ihm zugedachte Erbtheil zu empfangen; so geht zwar das Fideicommiß zu Grunde, es bleibt aber doch bey dem Erben, weil ihm hier kein Betrug zur Last fällt. Ein Anders wäre, wenn sich der Erbe auch auf diesen Fall dem Erblasser heimlich anheischig gemacht hätte, das Fideicommiß zu restituiren. Nun artet es in ein tacitum fideicommissum aus 82). 3) Der Erbe muß ein gewaltfreier Mensch seyn, der nicht aus Gehor-

79) *L. 3. pr. D. de iure fisci.*

80) Ein Beyspiel davon hat QUINCTILIANUS *Declamat. CCCXXV.*

81) *L. 123. §. 1. D. de legat. I.*

82) *L. 10. §. 1. D. de his, quae ut indignis.*

sam gegen den Erblasser verbunden war, das Fideicommiß zu übernehmen. Wenn also der Vater seinem Sohne, der noch unter der väterlichen Gewalt steht, ein geheimes Fideicommiß anbefohlen hätte, so entschuldiget den Sohn die Pflicht des Gehorsams [83]).

Die erste Lex [84]), welche die tacita fideicommissa verbot, war die *Lex Julia caducaria* oder *Papia Poppaea*. Nach diesem Gesetz sollten sie dem Erben entrissen und dem Staate zugeeignet werden. (*Populo vindicantor* [85]). Das Senatusconsultum Plancianum, wahrscheinlich unter Vespasian gemacht [86]), gestattete überdem auch dem Erben nicht, die quarta von einem solchen tacito fideicommisso abzuziehen, sondern erweiterte jenes Gesetz dahin, daß auch diese, und zwar jetzt, nämlich seit Caracalla [87]), an den kaiserlichen Fiscus verfallen seyn solle, welches nachher nochmals durch ein Rescript des Kaisers Divus Pius bestätigt wurde. Es handeln hiervon folgende Stellen. *L.* 59. §. 1. *D. ad Leg. Falcid.* wo Modestin (*lib* 9. *Pandectarum*) sagt: Praeterea qui non capienti rogatus est resti-

83) *L.* 10. §. 2. *D. eodem. L.* 13. *D. ad L. Falcid.*

84) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 274. S. 400. der 5ten Aufl.

85) S. *Io. Gottl.* Heineccii Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. III. cap. 9. §. 6. et 7.

86) S. *Andr. Guil.* Crameri D. Vespasianus, sive de vita et legislatione T. Flavii Vespasiani Imp. Commentar. *Ienae* 1785. 8. pag. 143—146.

87) Ulpianus *Tit. XVII.* §. 1. Hodie ex Constitutione Imp. *Antonini* omnia caduca *fisco* vindicantur.

tuere hereditatem, *Senatusconsulto Planciano* 88) non conceditur quartam retinere: sed ea quarta, quam non retinuit, ad fiscum pertinet ex Rescripto *Divi Pii.* — *L.* 11. *D. de his, quae ut indign. aufer.* Hier sagt Papinian (*lib.* 16. *Quaestion.*) Heres, qui tacitam fidem *contra Leges* accommodavit, in ea parte, *quae* 89) fraudem adhibuit, *Falcidia* non utitur, *et ita Senatus censuit.* — *L.* 17. §. 2. *D. de Usuris.* aus Paulus *lib. singulari de Usuris*, wo es heißt: In tacito fideicommisso omne emolumentum heredi auferendum, et fisco praestandum *Divus Pius* rescripsit. Ergo et usurarum emolumentum aufertur heredi. Begreift jedoch das tacitum fideicommissum nicht die Restitution der ganzen Erbschaft, so kann von dem übrigen Theile des Nachlasses, welcher nicht in fraudem legis mit einem Fideicommiß belegt worden ist, die Quarte abgezogen werden, wie Papinian in der angeführten *L.* 11. *D. de his, quae ut indign.* lehrt: Sed si maior modus institutionis, quam fraudis fuerit, quod

88) *Jo. Aug.* Bach in D. Trajano, sive de Legibus Trajani Imp. Commentar. (*Lipsiae* 1747. 8.) p. 50. sqq. sucht zwar gegen Heineccius zu behaupten, daß das SCtum *Plancianum* das erste Gesetz sey, welches die tacita fideicommissa namentlich verboten habe. Allein Cramer cit. Commentar. pag. 147. sqq. hat deutlich dargethan, daß seine Gründe nicht überzeugen.

89) Haloander und Baudoza lesen in qua. Diese Leseart billiget auch Russard. Cramer c. l. p. 149. will qua oder quoi d. i. cui lesen.

ad *Falcidiam* attinet, de superfluo quarta retinebitur [90]).

In einem andern Kapitel des Plancianischen Senatusconsults war noch verordnet, daß derjenige, welcher einer unfähigen Person ein Fideicommiß zu restituiren, dem Testirer in fraudem legis angelobt hätte, nicht nur die Quarte, sondern auch das Accrescenzrecht verlieren solle, welches ihm sonst in dem Falle, da er Kinder hatte, in Ansehung eines vacanten Erbtheils nach den Gesetzen zugestanden hätte [91]). Die Lex Julia caducaria hatte nämlich verordnet, wenn einer von den Miterben wegfiele, und die ihm im Testamente zugedachte Erbportion nicht erhielte, so sollte dieser caduc gewordene Erbtheil nicht, wie nach dem alten Recht, den übrigen Miterben accresciren, sondern der Staatskasse zufallen. Eine Ausnahme sollte jedoch in dem Falle statt haben, wenn der Testirer seine Kinder, oder Eltern, und zwar diese bis zum dritten Grade, oder auch fremde Personen zu Erben eingesetzt hätte, welche Kinder haben. In diesen Fällen sollte den Erben die pars caduca, wie nach dem alten Recht üblich war, accresciren [92]). Dieses Accrescenzrechts machte sich nun auch der Erbe in dem Falle verlustig, da er ein tacitum fideicommissum übernommen hatte. Ulpian [93]) hat uns dieses zweyte Kapi-

90) S. Westphal Theorie des Röm. Rechts von Testamenten. § 1136. S. 831.

91) Cramer c. l. pag. 157. sq.

92) Ulpianus *Fragm.* *Tit.* *XVIII.* Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 617. sq Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 3. pag. 383. sqq.

93) *Fragm.* Tit. XXV. §. 17. Schulting ad h. L. in Iu-

tel des Senatusconsults in folgenden Worten hinterlassen. Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, *nec quadrantem eum deducere, Senatus censuit: nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat.*

Da die Lex Julia caducaria Belohnungen darauf gesetzt hatte, wenn Jemand dem Staats-Aerarium caduca anzeigen würde [94]); so fügte Trajan in einem Edict hinzu, daß auch der Incapax selbst, so lange ihm noch keiner zuvorgekommen wäre, das Recht haben sollte, dasjenige, was ihm nach dem Willen des Erblassers ungültig hinterlassen war, dem Fiscus anzuzeigen; worauf er dann zur Belohnung die Hälfte davon behalten, oder erhalten sollte, je nachdem er entweder schon im Besitz wäre, oder nicht [95]).

Ein tacitum fideicommissum muß übrigens bewiesen werden. Bloße Vermuthungen sind dazu nicht

risprud. Antejust. pag. 664. et *Jo.* CANNEGIETER Notae ad h. L.

94) TACITUS Annal. Lib. III. cap. 28. SUETONIUS in Nerone. c. 10. HEINECCIUS ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. cap 10.

95) *L.* 1. *pr. L.* 13. 15. 16. 42. *pr.* et *L.* 49. *D. de iure fisci.* S. BACH Trajanus pag. 44. sqq. Auf dieses Edict von Trajan geht auch das von Niebuhr zu Verona entdeckte Bruchstück aus einem alten unbekannten Röm. Juristen, welches von Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 3. B. S. 159—162. und S. 306—308. erläutert hat.

hinreichend. Papinian erläutert dieses *libro XIV. Responsorum*[96]) durch folgenden Fall: Si gener socerum heredem reliquerit, *taciti fideicommissi suspicionem* sola ratio paternae adfectionis non admittit. Der Erblasser hatte nämlich eine Frau hinterlassen, welche, ausser der decima matrimonii nomine, und dem Nießbrauch vom dritten Theile der Güter, nach der Lex Julia[97]) nichts erhalten konnte. Er hatte daher seinen Schwiegervater zum Erben eingesetzt. Die Intestaterben schöpften daraus einen Verdacht, das Testament möchte in fraudem legis decimariae gemacht, und der Schwiegervater durch ein tacitum fideicommissum verpflichtet worden seyn, die Erbschaft seiner Tochter, nämlich der Wittwe des Erblassers, zu restituiren. Allein Papinian erklärt diesen Verdacht für ungerecht. Der Grund, daß der Erblasser den Schwiegervater zum Erben eingesetzt hat, sey noch kein Beweis eines solchen geheimen Verständnisses[98]). Dazu werden manifestissimae probationes erfordert, wie Callistratus *lib. 3. de iure fisci*[99]) sagt: Tacita autem fideicommissa frequenter sic deteguntur, si proferatur chirographum, quo se cavisset, cuius fides eligitur, quod ad eum ex bonis defuncti pervenerit, restituturum. Sed

96) *L. ult. D. de his, quae ut indig. aufer.*

97) Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 14. pag 259. sqq.

98) S. Heineccius c. l. §. 7. pag. 273. Pothier Pandect. Justinian. T II. Lib. XXX. de legatis. Nr. CCCXCIV. not. e. pag. 353. und Westphal von Testamenten. §. 1140.

99) *L. 3. §. 3. D. de iure fisci.*

et *ex aliis probationibus manifestissimis* idem fit. Nur ein Fall wird ausgenommen, wo die Vermuthung eintreten soll, nämlich wenn der Testirer zwar den Erben im Testament gebeten, die Erbschaft zu restituiren, aber die Person, welcher er sie wieder abgetreten haben will, im Testament nicht angezeigt hat, wie Marcellus [100]) lehrt, wenn er *libro singulari Responsorum* folgenden Fall vorträgt: In testamento ita scriptum est: *Cajo Sejo illud et illud heres meus dato: et te rogo, Seji, fideique tuae mando, uti ea omnia, quae supra scripta sunt, reddas sine ulla mora, ei redde res ipse.* Quaero, an tacitum fideicommissum sit, cum personam testator, cui restitui vellet, testamento non significaverit? Marcellus respondit, si in fraudem legum tacitam fidem Sejus accommodasset: nihil ei prodesse potest, si his verbis paterfamilias cum eo locutus esset: *non enim ideo circumvenisse minus leges existimandus est, cum perinde incertum sit, cui prospectum voluerit.*

Von einer andern Vermuthung ist in unserer *L. 3. de probat.* die Rede. D r Erblasser hatte den Erben, welchem er in dem ersten Testamente ein tacitum fideicommissum aufgelegt hatte, nachher in einem zweyten Testament abermals zum Erben ernannt. Der Erbe wird deshalb in Anspruch genommen. Das Fideicommiß selbst war hier keinem Zweifel unterworfen. Vermuthlich hatte sich der Testirer, wie in solchen Fällen gewöhnlich war, von dem Erben einen Revers (cautio) aus-

100) *L. 123. §. 1. D. de legat. I.*

stellen lassen [1]). Es kann auch wohl seyn, daß der Fideicommissar sich selbst bey den Procuratoren des Fiscus deferirt hatte, um wenigstens die Hälfte des Fideicommisses, als Belohnung, sicher zu erhalten. Genug der Fiduciar wird von dem Fiscus, dem deswegen sogar eine actio in rem gestattet ist [2]), belangt. Der Erbe schützt vor, der Testirer habe durch das zweyte Testament das erste, und mit demselben auch das Fideicommiß wieder aufgehoben. Wäre das Fideicommiß in dem ersten Testamente palam hinterlassen worden, so hätte freylich der Erbe Recht, wenn er behauptet, das Fideicommiß sey aufgehoben, weil es in dem zweyten Testamente nicht wiederholt worden ist. Allein hier ist von einem tacito fideicommisso die Rede. Bey diesem gilt der Schluß von der Aenderung des Testaments auf die Aufhebung des Fideicommisses nicht. Es ist vielmehr zu vermuthen, der Testirer, welcher das Testament geändert, und doch die Person des Erben nicht geändert hat, habe, wegen des geheimen Verständnisses mit dem Erben, blos um den Betrug noch mehr zu verbergen, das Testament geändert, um dadurch den Glauben zu erwecken, als sey das Fideicommiß aufgehoben, welches gleichwohl der Testirer geleistet wissen wollte, und weshalb sich ihm der Erbe insgeheim verpflichtet hatte. Dem Erben liegt also billig der Beweis ob, daß der Testirer durch die Aenderung des Testaments wirklich die Absicht gehabt habe, das Fideicommiß aufzuheben. So klärt sich nun der Grund auf, den Papinian anführt: *cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita he-*

1) *L. 48. pr. D. de iure fisci.*

2) *L. 43. D. eodem.*

redes scribere, quorum fidem elegerunt [3]. Der Ausdruck *secreti suscepti ratio* heißt hier soviel, als tacitae fidei, testatori ab herede contra leges accommodatae, ratio. *Domini rerum* sind die Testatoren. *Persuadeat, eos ita heredes scribere*, d. h. Solent testatores, ut fraudi suae maiorem nubem obiiciant, mutare testamentum, et in secundo testamento eosdem scribere heredes, quorum fidem scilicet tacitam elegerunt, ut fideicommissum mutatum esse intelligeretur, quod nihilo tamen minus praestari volebant. Sehr treffend sagt der griechische Scholiast der Basiliken [4]: *ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον γὰρ ἐκείνους ἐν δευτέρα διαθήκῃ γράφειν εἰώθαμεν κληρονόμους, οἷς ἅπαξ τάς ἀποῤῥήτους ἡμῶν ἐθαῤῥήσαμεν γνώμας.* i. e. *Plerumque enim in secundo testamento eos heredes scribere solemus, quibus semel secretam voluntatem nostram commisimus.*

L. 4. Paulus *libro sexto Responsorum* respondit [5].

3) Man vergleiche über diese Stelle vorzüglich *Jac.* Cujacii Commentar. in lib. IX. Responsor. Papiniani ad L. 3. D. de probat. *Operum* a *Fabroto* editor. Tom. I. pag 389. *Franc.* Duareni Comment. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 936. *Anton.* Fabri Conjecturar. iuris civ. Lib. XVII cap. 3. pag. 601. (*Aurel. Allobrog.* 1609. f.) und *Ios.* Averanii Interpretat. iuris. Lib. V cap. 2. nr. 7.

4) Basilixῶν Tom. III. pag. 24.

5) *Respondit* fehlt in unserm Cod. Erl. es steht auch nicht bey Haloander und Baudoza.

Emtorem probare debere, eum servum, de quo quaeritur [6]), antequam emeret [7]), fugisse [8]).

Wenn der Sklave nach der Uebergabe dem Käufer entlief, das heißt, die Wohnung seines neuen Herrn verließ, in der Absicht, nicht wieder zurückzukehren; so war er ein Flüchtling (servus fugitivus) [9]). Konnte aber deswegen der Käufer actione redhibitoria gegen den Verkäufer klagen? Es kam darauf an, ob er beweisen konnte, daß der Sklave auch schon vor dem Kaufe ein fugitivus war. Diesen Beweis muß der Käufer übernehmen, denn es ist eine Thatsache, welche zur Begründung seiner Klage gehört, weil der Fehler schon vor dem Contract da gewesen seyn muß [10]). Kann er diesen Beweis nicht führen, so wird angenommen, der Sklave sey erst bey dem Käufer ein Flüchtling geworden, und dann ist dieß ein neuer Fehler, für welchen der Verkäufer nicht stehen darf [11]). Wieweit aber der Sklave, in Ermangelung anderer Beweismittel, deshalb auf die Tortur gebracht werden könne, und seinem Geständniß zu glauben sey, wird die *L.* 7. *D. h. t.* lehren.

---

6) Haloander lieset queritur.

7) Die *Basilica* Tom. III. pag. 1. haben: *πρὸ τῆς πράσεως, ante venditionem.*

8) Ausser dem letztern Punct hat Cod. Erl. keine weitern Interpunctionen.

9) *L.* 17. § 1—3. *D de aedilit. Edicto.*

10) S. den 20 Th. dieses Commentars §. 1108. S. 57.

11) *L.* 54. *D. de aedilit. Edicto. L.* 3. *Cod. de aedilit. actionib.*

L. 5. Idem *Libro nono Responsorum.*

Ab ea parte, quae dicit adversarium suum ab [12]) aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere [13]). Idem [14]) respondit, si quis negat [15]) emancipationem recte [16]) factam, probationem ipsum praestare debere [17]).

Soviel den ersten Theil dieses Gesetzes anbetrifft, so ist hier nicht von dem Falle die Rede, wenn über das Daseyn eines gesetzlichen Verbots gestritten wird. Denn wäre dieß der Fall, so könnte wohl der Beweis von keiner Parthey verlangt werden; weil der Richter das Gesetz selbst kennen muß, und seine Kenntniß nicht erst aus der Beweisführung der Partheyen schöpfen darf. Es ist vielmehr, wie Weber [18]) ganz richtig bemerkt, hier von Befugnissen die Rede, die an sich zu den gemeinen Rechten gehören, von denen aber gewisse Personen durch besondere Vorschriften ausgeschlossen sind. Behauptet nun eine Parthey vor Gericht, ihr Gegner gehöre zu diesen Personen, welche das Gesetz von einem gewissen Recht

12) Ab steht bey Haloander nicht.

13) Haloander hat oportet.

14) Haloander Ideoque.

15) Haloander neget.

16) Haloander rite.

17) Haloander ipsum praestare debere probationem Eben so Baudoza. Cod. Erl. stimmt ganz mit der Torellischen Leseart überein. Er hat aber nur nach oportere, und nach debere ein Punct.

18) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproz. Abschn II. Not. 1. S. 19. f. Man vergl. auch *Arn.* Vinnius Selectar. iuris Quaest. Lib. II. cap. 11.

ausschließt [19]); so kann sie nicht verlangen, daß ihr Gegner seine Rechtsfähigkeit beweise, sondern dieser erwartet vielmehr billig den Beweis von dem, welcher ihm dieselbe streitig macht. Z. B. eine Parthey macht der andern die gesetzmäßige Fähigkeit zur gerichtlichen Rechtsverfolgung (legitimam personam standi in iudicio) streitig. Hier muß ihr der Beweis des behaupteten Mangels auferlegt werden, denn sie behauptet etwas, was zu den Ausnahmen des gemeinen Rechts gehört [20]).

Der andere Theil des Gesetzes betrifft den Fall, wenn die Partheyen darüber, ob die vorgeschriebene Form bey einem Rechtsgeschäft beobachtet worden sey, oder nicht, im Streite befangen sind. Der Streit hat hier die Gültigkeit einer Emancipation zum Gegenstande. Er betrifft also ein schon vollzogenes Geschäft. Es ist sehr natürlich, daß derjenige, welcher ein Geschäft, das er selbst vollzogen hat, wieder aufgehoben wissen will, den Beweis übernehmen müsse, daß dasselbe wegen Mangels an gesetzlicher Form ungültig war. Behauptet also der Vater, wie sich die griechischen Scholiasten [21]) den Fall gedenken, der Sohn, der als ein homo sui iuris sich gerirt, sey nicht auf eine gesetzmäßige Art emancipirt worden; so muß er die Ungültigkeit der Emancipation, als den Grund seiner Klage beweisen, und dieser Beweis liegt ihm um so mehr ob, da er den Zustand, den er selbst aufhob, oder

19) Die *Basilica* T. III. pag. 2. Const. 5. haben κωλύεσθαι τινος δικαίου, welches dem prohiberi ab aliquo iure vollkommen entspricht.

20) S. *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. XCVI. Th. 9. et Dec. XCVII. Th. 2. Vinnius c. l. cap. 12.

21) *Basilica* Tom. III. pag. 26.

aufheben ließ, wieder hergestellt wissen will, und eine Handlung angreift, deren Gültigkeit er durch den Vollzug selbst anerkannt hat [22]). Es ist etwas ganz Anders, wenn Jemand aus einer Willenshandlung, deren Gültigkeit von der Beobachtung einer gewissen Form abhängt, ein Recht geltend machen will, und dann deren Förmlichkeit von dem Gegner bestritten wird. Hier muß natürlich derjenige, welcher sein vermeintliches Recht aus dem Geschäft durchsetzen will, auch darthun, daß die Willenshandlung gültig, folglich in der gehörigen Form geschehen sey. Wer also z. B aus einem Geschäft klagt, daß eine obrigkeitliche Bestätigung, oder gerichtliche Insinuation, nach Vorschrift der Gesetze zu seiner Gültigkeit erfordert, dem liegt es unstreitig ob, zu zeigen, daß diese Form beobachtet worden sey, wenn der Gegner das Vorhandenseyn derselben läugnet [23]).

Dahingegen fällt aller weitere Beweis der Förmlichkeit einer Handlung als überflüßig hinweg, wenn derjenige, wider welchen aus der Handlung geklagt wird, dieselbe eingegangen zu haben schriftlich bekannt hat. Denn die Gesetze nehmen an, daß derjenige, welcher etwas versprochen zu haben schriftlich bekennt, auch eben dadurch die Förmlichkeit des Versprechens eingestanden habe [24]).

---

22) S. Borst über die Beweislast im Civilproceß §. 70. nr. 4 S. 116.

23) Weber a. a. O. Abschn. VI. Nr. 30. S. 278. ff.

24) §. 17. *I. de inutilib. stipulat.* Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem: *perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.* (aus PAULI *Sententiar. Receptar.* Lib. V.

L. 6. Scaevola *libro secundo Responsorum*

Patronum manifeste docere debere [25]), libertum in fraudem suam aliquid dedisse [26]), ut partem eius, quod in fraudem datum esset, posset [27]), avocare [28].

Dieses Fragment bezieht sich auf die Erbfolge des Patrons in das Vermögen seines Freygelassenen Scävola versteht daher unter patronus hier einen solchen Manumissor, der ein römischer Bürger war. Denn ein Latinus konnte damals so wenig, als ein peregrinus, das Patronatrecht über einen Freygelassenen erwerben [29]). *Libertus* aber ist ihm ein solcher Freygelassener, der durch die Manumission das römische Bürgerrecht erhalten hat [30]).

Tit. 7. §. 2.) — §. *ult. I. de fideiussor.* Ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse, *videri omnia solemniter facta.* (aus Ulpiani *libro* 47. *ad Sabinum. L.* 30. *D. de Verbor. Obligat.*) Gleichen Inhalts ist *L.* 14. *C. de contrah. et committ. stipulat.* S. Vorst a. a. O. §. 70. nr. 3.

25) *Cod. Erl.* Patronus manifeste docere libertum debet in fraudem suam. etc. Haloander: Patronus manifeste docere debet. Eben so Baudoza.

26) Die Basilica Tom. III. pag. 2. Const. 6. haben den Ausdruck ἐκποιῆσαι, i. e *alienasse.*

27) Baudoza possit.

28) Cod. Erl. possit advocare.

29) Plinius Lib. X. Ep 6. S. Heineccii Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 22. §. 3. pag. 349.

30) Ulpian bemerkt dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 3. §. 1. *D. de suis et legitim. hered.* sagt: *Libertum* accipere debemus eum, quem quis ex servitute ad civitatem Romanam perduxit.

Denn bey den Latinis und dedititiis hatte zur Zeit des Scävola noch keine Erbfolge Statt. Ihr Vermögen fiel nach ihrem Tode, wie das Peculium eines Sklaven, dem Manumissor anheim [31]. Erst Justinian hob den Unterschied auf. Nach dem Recht des Justinianeischen Zeitalters mußten also diese Ausdrücke allgemein genommen werden. Wegen des Erbrechts des Patrons hatten nun vor Justinian mancherley Verordnungen Statt, welche in dem Tit. de successione libertorum der Institutionen [32]) nach der Zeitfolge angegeben worden sind. Uns dient hier zur Erläuterung unsers Fragments nur zu wissen, inwiefern der Patron behaupten konnte, sein Libertus habe in fraudem suam über sein Vermögen verfügt. Ulpian [33]) bestimmt dieses nach den Worten des prätorischen Edicts im Allgemeinen auf folgende Art: *Si quid dolo malo liberti factum esse dicetur* (sive testamento facto, sive intestato libertus decesserit) *quo minus, quam* PARS DEBITA BONORUM *ad eorum quem perveniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt: cognoscit Praetor, et operam dat, ne ea res ei fraudi sit.* Es kommt also darauf an, worin der dem Patron gebührende Erbtheil bestand. Nach den Gesetzen der 12 Tafeln brauchte der Freygelassene seinem Patron gar nichts zu hinterlassen. Der Prätor fand dieses aber unbillig; er verordnete daher in seinem Edict, daß der Libertus dem Patron die Hälfte seines Vermögens hinterlassen solle, widrigenfalls sollte der Patron das Testament mit der bonorum pos-

31) § 4. *I. de success. libertor.*

32) *Princ.* et §. 1. *et* 2. *I. eodem.*

33) *L.* 1. *pr. D. Si quid in fraudem patroni.*

sessio contra tabulas bis auf diesen Theil des Nachlasses anfechten können. Auch die Hälfte der Intestaterbschaft sollte dem Patron in dem Falle zu Theil werden, da der Freygelassene blos ein Adoptivkind hinterlassen hätte. Leibliche Kinder hingegen sollten ohne Unterschied, sie seyen sui oder emancipati, den Patron ausschliessen [34]). Die hierauf unter August erschienene *Lex Papia Poppaea* machte einen Unterschied in Rücksicht des Vermögens. Hatte der Freygelassene noch keine 100000 Sesterzien im Vermögen (centenario minor), so konnte er den Patron in seinem Testamente nach Gefallen ausschliessen [35]). Ein reicherer Libertus (centenarius) hingegen sollte dem Patron wenigstens einen Kindestheil (pars virilis) [36]) hinterlassen, wenn er weniger als drey Kinder hätte. Hinterließ er drey, so konnte er den Patron übergehen [37]). Die Lex Papia gieng also blos auf den Fall, wenn ein libertus centenarius Kinder hinterließ. Starb er ohne Kinder, so gebührte dem Patron

34) Ulpianus *Fragm. XXIX.* §. 1. Justinian *Pr. et* §. 1. *I. de success. libertor.* Heineccius c. l. p. 349.

35) S. *Cornel. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 18. pag. 346. (*Francof.* et *Lipsiae* 1739. 4.)

36) Unter dieser pars virilis konnte auch zuweilen, wie Ulpian *L.* 14. *D. de Verb. Signif.* bemerkt, die ganze Erbschaft begriffen seyn, wenn nur ein Kind vorhanden war, und dieses von der väterlichen Erbschaft abstinirte, oder die Zeit der bonorum possessio versäumt hatte. S. *Jo.* Goeddaei Commentar. ad Tit. de Verb. Signif. c. L. pag. 960. und Heineccius c. l. §. 4. p. 354.

37) §. 2. *I. de success. libertor.*

die Hälfte der Verlassenschaft nach dem Edict des Prätors [38]). Dieß ist nun also die in den Gesetzen der Pan-

38) Justinian giebt dieses in den Worten der angeführten Stelle nicht undeutlich zu erkennen, wenn er sagt: Itaque cum unum filium filiamve heredem reliquerat libertus: perinde pars dimidia patrono debebatur, *ac si is sine ullo filio filiave testatus decessisset.* Er vergleicht hier, wie *Franc.* BROEUS in Expositionib. in Justiniani Institut. ad h. §. 2 de succ. libertor. (*Paris* 1622. 4.) pag. 552 sehr richtig bemerkt, die Lex Papia mit dem Edict des Prätors. Beyde treffen in dem hier angegebenen Falle in Absicht auf die Größe der portio debita zusammen. So wie nämlich der Patron nach der Lex Papia die Hälfte des Nachlasses erhält, wenn der Libertus centenarius ein Kind hinterließ, er mochte mit oder ohne Testament gestorben seyn; eben so erhielt der Patron auch nach dem Edict des Prätors die Hälfte, wenn der Freygelassene ohne Kinder starb, und ein Testament gemacht hatte. Es heißt zwar in vielen Handschriften und Ausgaben, selbst in der neuesten von Biener, intestatus, und diese Leseart vertheidigen auch BROEUS und *Ev.* OTTO. Allein schon *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. III. cap. 13. und Lib. XVII c. 13 hat gezeigt, daß man *testatus* lesen müsse. Denn starb der Libertus ohne Kinder intestato, so erbte der Patron allein. *L.* 3. *pr. D. de suis et legitim. heredib. L.* 17. *D. de bonis libert.* Diese Vorschrift der 12. Tafeln hat auch der Prätor nicht abgeändert. Allerdings entscheidend ist auch hier die griechische Paraphrase des THEOPHILUS, wo es heißt: ἐπὶ διαθήκῃ. Die meisten, als Hotoman, Contius, Ryssard, Charondas, Baudoza, Vinnius u. a. m. billigen daher diese Leseart. Zwar wenden *Janus a* COSTA u. *Em.* MERILLIUS in Comm. ad §. 2. I. cit. ein, der Prätor habe in seinem Edict von zwey Fällen gehandelt, 1) wenn der Freygelassene

decten so genannte *portio patrono debita* [39]), welche der Freygelassene durch keine nachtheilige Verfügungen über sein Vermögen verletzen durfte, und welche also auch Scävola meinte. Da indessen Justinian in einer neuern Verordnung, deren er in den Institutionen gedenkt [40]), nämlich in seiner Constitution de iure patronatus, welche aber verloren gegangen ist [41]), die Lex

ein Testament macht, und 2) wenn er ohne Testament stirbt, aber ein Adoptivkind hinterläßt. Es sey nun viel natürlicher, der Leseart der alten Codicum zu Folge, den letztern Fall hierher zu rechnen. Aber dann könnte es doch im Text unmöglich heißen; *sine* ULLO *filio filiave*, wenn ein Adoptivkind da ist. Und würden nicht vielmehr die Verfasser der Institutionen mit eben so wenig Worten: *relicto filio adoptivo* gesagt haben? Vergl. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag 676. Not. 16.

39) *L.* 3. §. 10. *D. de bonis libertor.* *L.* 21. §. 1. *et* 2. *D. de iure patronat.* *L.* 26. *D. de bonis libert.* Genauer pflegten die Röm. Rechtsgelehrten die Größe dieser portio debita nicht zu bezeichnen. Sie sagten nie: pars dimidia, pars virilis. Diese Bestimmung mußte sich aus den Umständen des vorgetragenen Falles ergeben. S. BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 18. pag 345.

40) §. 3. *I. de Success. libertor.*

41) CUJACIUS Observat. Lib. XX cap 34. restituirte sie zuerst wieder aus den Basiliken, aber nicht vollständig. Er fügte auch noch einen kurzen lateinischen Auszug von dieser Verordnung bey, den er, wie er sagt, in einer alten Handschrift gefunden hatte. Nun nahm zuerst CONTIUS diese restituirte Constitution in seine Ausgabe des Codex auf, welche zu Lyon 1571. erschien, und aus dieser gieng sie in alle nachherige Ausgaben über.

Papia darin abgeändert hat, daß wenn der Freygelassene hundert und mehrere aureos hinterlassen, (denn so soll die Summe der Lex Papia verstanden, und für tausend Sesterzien ein aureus gerechnet werden) und entweder gar keine Kinder vorhanden, oder die Kinder enterbt, oder von der Mutter, oder dem mütterlichen Großvater präterirt worden sind, und zwar auf solche Art, daß ihre Testamente nicht als pflichtwidrig angefochten werden können, dem Patron, oder auch der Patronin, statt der Hälfte, nur das Drittel von den Gütern des Libertus hinterlassen werden soll, welches dieselben, wenn sie im Testament übergangen worden sind, mittelst der bonorum possessio contra tabulas erhalten sollen; so ist wohl sehr natürlich, daß man sich nun zu Justinian's Zeiten auch die debita portio des Patrons nicht anders, als in dieser neuen Bestimmung, erklären mußte.

Weil es also bey der debita portio patroni nicht nur zu Scävola's, sondern auch zu Justinian's Zeiten auf den Betrag des Vermögens des Liberti ankam; so geschahe es nicht selten, daß die Freygelassenen ihr Vermögen zum Nachtheil ihrer Patronen durch Schenkungen und andern Veräusserungen unter den Lebenden [42])

Wie aber Meerman Tom. V. Thes. iuris civ. et canon. das 49—52. Buch der Basiliken mit einer lateinischen Uebersetzung des Reitz edirte, so nahm Spangenberg diese vollständigere Constitution aus dem 49. Buche der Basiliken, nebst der lateinischen Uebersetzung des Reitz, in die Göttinger Ausgabe des Corpus iur. civ. auf, wo sie im Cod. Const. 4 Lib. VI. Tit. 4. *de bonis libertorum et iure patronatus* sich befindet.

42) *L.* 1. §. 9. 12. 13. *et sqq. D. Ne quid in fraudem patroni.*

absichtlich verminderten, um entweder nicht als centenarii zu sterben, und dadurch den Patron um seinen ganzen Erbtheil zu bringen, oder, wenn sie auch, der Veräusserung ungeachtet, noch centenarii blieben, doch den ihm gebührenden Erbtheil zu verkürzen. Nach dem Edict des Prätors konnten nun dergleichen pflichtwidrige Veräusserungen von dem Patron revocirt werden [43]). Es fragte sich nur, wie weit diese Revocation Statt finde? Ulpian [44]) (*libro X. ad Legem Iuliam et Papiam*) unterscheidet, ob die Veräusserung in fraudem legis, oder blos in fraudem patroni geschehen sey. Im ersten Falle sey die Veräusserung ipso iure nichtig, sie konnte also ganz umgestoßen, und alles revocirt werden, was veräussert worden ist. In dem letzten Falle aber sey zwar die Veräusserung an sich gültig, jedoch könne sie insofern, als sie dem Patron zum Nachtheile gereicht, mittelst der *actio Faviana* oder *Calvisiana* [45]) angefochten und revocirt werden. *In fraudem legis* sey nun die Veräusserung geschehen, wenn sich der Freygelassene dadurch zu einem centenario minor gemacht hatte. *In fraudem patroni* aber, wenn zwar der Freygelassene auch noch nach der Alienation ein maior centenario blieb, aber doch dadurch die Portion seines Patrons verkürzt hatte [46]). Ue-

43) *L. 1. pr. et §. 3 D. eodem.*

44) *L. 16. pr. D. de iure patronatus.*

45) Von diesen Klagen ist schon an einem andern Orte (7ten Th. §. 550. S. 192.) gehandelt worden.

46) S. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 22. §. 4. pag. 352. sq. und *Guil. Ott.* Reitzii Annotation. sporad. in *Opuscul. iurid.* ex Observat. miscellan. Batavis in unum Volumen a Püttmanno collect. (*Halae* 1782. 8.) pag. 143. sq.

berall gehörte jedoch zur Begründung einer solchen revocatorischen Klage, daß die Veräusserung von Seiten des Freygelassenen dolo malo geschehen seyn mußte. Ob derjenige, an welchen die Veräusserung geschehen, darum gewußt habe oder nicht, darauf kam nichts an [47]. Wem sonst, als dem Kläger, konnte also der Beweis hiervon obliegen? Dieser Beweis mußte aber durch dringende Anzeigen [48] geführt werden, welches Scävola mit den Worten: *manifeste* probare debere, andeuten will.

L. 7. PAULUS *libro secundo Sententiarum* [49].

Cum probatio prioris fugae deficit [50], servi quaestioni [51] credendum est: in se enim interro-

47) *L.* 1. §. 4. *D. Si quid in fraud. patroni.*

48) *L.* 6. *Cod. de dolo malo.* Dolum *ex indiciis perspicuis* probari convenit. *Jac.* CUJACIUS hat in seinen Recitationib. in libr. II. Responsorum Cerv. Scaevolae (*Operum* a *Fabroto* editor. T. III. p. 230.) über dieses Fragment fast gar nichts Erhebliches gesagt.

49) In den Fragmenten bey *Ant.* SCHULTING in iurisprud. Antejustin. steht diese Stelle des Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 17. §. 13. pag. 296. S. auch HUGO Ius. civ. antejustin. Tom. I. pag. 122.

50) Bey SCHULTING defecerit.

51) So haben auch die *Basilica* T. III. pag. 2. *τῇ ἐν βασάνῳ αὐτοῦ ζητήσει πιστεύομεν.* i. e. examini eius in tormento credimus. Allein bey SCH. steht *responsioni.* CUJACIUS Observation. Lib. V. c. 38. hält die Leseart *quaestioni* für einen Tribonianismus, und weil *L.* 58. §. *ult. D. de Aedilit. Edicto* auch steht servi

gari, non pro domino aut in dominum videtur [52]).

Es wird hier fortgesetzt, was oben L. 4. vom Beweise bey der Redhibition eines servi fugitivi gesagt wurde. Dem Kläger lag der Beweis ob, daß der Sklave ex veteri vitio entflohen sey. Dieß wird hier probatio prioris fugae genennt. Die Basiliken haben diese Worte ganz richtig erklärt, wenn sie sagen: Ἐὰν μὴ δείκνυται, ἐι παρὰ τῷ πράτῃ φυγὰς ἦν ὁ δοῦλος. d. i. Si non probetur, an *apud venditorem* servus fugerit. Hatte nun der Käufer zwar diesen Beweis unternommen, aber nicht vollständig geführt; er hatte wenigstens solche Anzeigen beygebracht, daraus eine Wahrscheinlichkeit entstand, daß der Sklave schon seinem vorigen Herrn einmal entlaufen sey; (dieß heißt hier probatio deficit, nicht gänzlicher Mangel an allem Beweise, wie Gerh Noodt [53]), dem auch Schulting [54]) beystimmt, diesen Ausdruck richtig erklärt haben) so konnte der Sklave der Folter unterworfen, und der Mangel des Beweises durch sein Geständniß ergänzt werden. Hierher

responso credendum est; so meint er, Tribonian habe durch seine Interpolation ein ἐναντίωμα inexplicabile veranlaßt. Allein man sehe die Auflösung bey Schulting a. a. O. Not. 35. pag 296.

52) Varianten finden sich bey diesem Fragment der Pandecten weder in dem Cod. Erlang. noch sonst in einer Ausgabe, die ich verglichen habe.

53) Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 13. §. ult. und Lib. III. cap. 6. Man vergleiche auch *Franc.* Balduini Annotation. in Tit. Pand. de aedilit. Ed. ad L. 58. §. 2. h. t. in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. p. 915.

54) Loc. cit. not. 34. pag. 296.

gehört, was Marcian[55]) sagt: (*libro secundo de iudiciis publicis*) Divus Pius rescripsit, posse de servis haberi quaestionem in pecuniaria causa, *si aliter veritas inveniri non possit:* quod et aliis Rescriptis cavetur. Sed hoc ita est, ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur: sed si aliter veritas inveniri non possit, nisi per tormenta, licet habere quaestionem, ut et Divus Severus rescripsit. Wir lernen hieraus, daß Kr. Antoninus Pius zuerst die Tortur der Sklaven, die vor seinen Zeiten blos in Criminal-Fällen gebräuchlich war, als ein Beweismittel auch in Civilsachen zuließ, wenn es an andern hinlänglichen Beweisgründen fehlte[56]). Der Kaiser Severus bestätigte das Rescript des Antoninus, verordnete aber ausdrücklich, daß Sklaven in einer bloßen Civilsache nie gegen ihren Herrn, auch nicht bey gänzlichem Mangel alles weitern Beweises, torquirt werden sollten[57]). In pecuniariis vero causis *nec inopia probationum*[58]) servos contra dominum interrogari posse, manifestum est. Nur wegen ihrer eignen Handlungen

55) *L.* 9. *pr. D. de quaestionibus.* Man verbinde damit die *L.* 15. *Cod. eodem.*

56) Man vergleiche hier vorzüglich *Car. Frid. Christ.* Wenck Divus Pius, sive ad Leges Imp. Titi Aelii Antonini Pii A. Commentarius. Libell. II. *Lipsiae* 1805. Cap. 3. pag. 7—14.

57) *L.* 1. *in fin. Cod. de quaestionib.* (IX. 41.) S. *Elb.* Leoninus Emendat. et Observation. Lib. VI. cap. 19. und *Jo. Guil.* Marckart Probabil. receptar. Lectionum iur. civ. P. II. pag. 49—54.

58) Haloander lieset zwar *ex inopia probationum*, und diese Leseart billiget auch *Jac.* Cujacius Observation.

konnten Sklaven sowohl in Criminal- als Civilsachen der Folter unterworfen werden, wie die Kaiser Diocletian und Maximian mehrmals rescribirt haben[59]), wenn dann auch gleich daraus dem Herrn ein Vortheil oder Nachtheil erwuchs. Paulus[60]) hält dieses auch für billig. Servum de facto suo *in se* interrogari posse, sagt er, ratio aequitatis ostendit: nec enim obesse ei debet, qui per servum aliquid sine cautione commodat aut deponit. Mit Recht konnte daher auch in unserm Text der gekaufte Sklave über seine prior fuga torquirt werden. Und so erklären sich nun die letzten Worte unsers Fragments: *in se enim interrogari, non pro domino, aut in dominum videtur*, d. h. der Sklave wird hier weder für noch gegen den Herrn torquirt, sondern blos über seine eigene Handlung befragt.

Lib. II. cap. 33. Allein schon ROBERTUS Receptar. Lection. Lib. II. cap. 28. vertheidigte die Richtigkeit der gemeinen Leseart. Cujaz suchte zwar Observat. Lib. XX. cap. 28. den Einwendungen Roberts zu begegnen, aber er vermochte sie nicht zu widerlegen. Der ganze Zusammenhang widerspricht der Haloandrischen Leseart. Ihr widerspricht PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 16. §. 5. und die griechische Version der Basiliken T. VII. pag. 805. S. WENCK Divus Pius Cap. III. pag. 9—13.

59) L. 8. *Cod. de testib.* L. 12. L. 15. *Cod. de quaestionib.* S. *Jo. Conr.* SICKEL Diocletianus et Maximianus sive de vita et constitutionibus C. Aurelii Valer. Diocletiani et M. Aur. Val. Maximiani. Exerc. II. *Lipsiae* 1793. P. I. Cap. 1. §. 2. pag. 31. sqq.

60) *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 16. §. 1. CUJACIUS ad h. L. in SCHULTING Iurisprud. Antejust. not. 2. pag. 490.

Es ist ganz unrichtig, wenn Edmund Merille[61]) dafür hält, ein Sklave habe in Civilsachen auch ohne alle Anzeigen über sein eigenes Factum auf die Folter gebracht werden können, und seiner Aussage habe man geglaubt. Denn die Römischen Kaiser wollten schlechterdings nicht, daß man von der Tortur anfangen solle; einem solchen Geständniß des Sklaven sollte kein Glaube beygemessen werden. Nur dann erst sollte man die Folter zu Hülfe nehmen, rescribirte Kaiser Hadrian, wenn die Sache durch andere Gründe schon einen solchen Grad der Wahrscheinlichkeit erhalten hätte, daß es nur noch an dem Geständniß des Sklaven fehlte[62]). Der Kaiser Antoninus Pius schärfte ja so nachdrücklich ein, *ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur*; und man hätte zur Grausamkeit dieses Beweismittels schreiten dürfen, ohne alle Anzeigen? So gewöhnlich nun auch die Folter bey den Sklaven war, um ihrer Aussage Glauben zu verschaffen, so nahm man doch auch immer darauf Rücksicht, ob die Beschaffenheit der Person die Tortur erlaubte[63]). Es konnte daher Fälle geben, wo man der Aussage des Sklaven auch ohne Folter glaubte, wenn sie nämlich in vorkommenden Fällen nicht anwendbar, und übrigens die Aussage des Sklaven durch andere Anzeigen und Beweisgründe hinlänglich unterstützt war[64]). Eben

61) Observation. Lib III cap. 30.

62) *L.* 1. *pr. et* §. 1. *D. de quaestionib.* *L.* 20. *D. eodem.*

63) *L.* 8. §. 1. *Cod. eodem.* Et si his veluti *certis indiciis* ducti, investigandae veritatis gratia, ad tormenta putaverint esse veniendum: tunc id demum facere debebunt, *si personarum conditio patiatur.*

64) S. Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 296. not. 35.

dieses bestätigt auch Paulus [65]), wenn er *libro V. Responsorum* folgenden Fall vorträgt: Servum dupla emi, qui rebus ablatis fugit: mox inventus praesentibus honestis viris interrogatus, an et in domo venditoris fugisset, respondit fugisse. Quaero, an standum sit responso servi? PAULUS respondit, *si et alia indicia prioris fugae non deficiunt*, tunc etiam servi responso credendum est. Daß hier von keiner Folter die Rede sey, bemerkt auch der griechische Scholiast [66]). Τοῦτο δέ σε μὴ λάθῃ, ὅτι κἂν μὴ ἐμβάσανον περὶ τούτου ζήτησιν ὑποστῇ ὁ οἰκέτης, παρόντων δὲ τιμίων ἀνδρῶν ἐρωτηθεὶς παρὰ του ἀγοραστοῦ ἐι ἔφυγέ ποτε παρὰ τῷ πράτῃ, καὶ ὁμολογήσει πεφουγέναι, τότε χρὴ τὸν δικαστὴν πιστεύειν τοῦ οἰκέτου φωνῇ ὅτε καὶ ἄλλα σημεῖα ὕπεστι τῆς τούτου προτέρας φυγῆς: τοῦτο γὰρ εἶπεν ἐν τῷ βιβ. κά. τιτλ. ά. διγ. νή. Παύλου ῥητῷ τῶν ῥεσπόνσων. i. e. *Nec te lateat, licet quaestio de servo habita non sit, si tamen praesentibus honestis viris interrogatus fuerit ab emtore, an et apud venditorem fugerit, et confessus fuerit fugisse, iudicem servi responso credere debere, si et alia indicia prioris fugae subsint: hoc enim ait lib. XXI. Tit. 1. Dig. 58. quod desumtum ex Pauli Responsis.*

L. 8. IDEM *Libro octavodecimo* [67]) *ad Plautium.* Si filius in potestate patris esse neget [68]), Prae-

65) *L.* 58. §. 2. *D. de aedilit. Edicto.*

66) Scholia Basilικῶν. Tom. III. p. 28.

67) Haloander lib. XIIII.

68) Cod. Erl. *neget esse.* Es ist aber zwischen neget und esse das Wort SE von einer andern Hand und mit

tor cognoscit [69]), ut prior doceat filius: quia et [70]) pro pietate, quam patri debet praestare [71]), hoc statuendum est: et quia se liberum esse quodammodo contendit: ideo enim et qui ad libertatem proclamat [72]), prior docere iubetur [73]).

Es ist hier von dem Beweise bey den Präjudicialklagen die Rede, wodurch über den Status eines Menschen gestritten wird. Freyheit, Ingenuität und väterliche Gewalt [74]) waren die vorzüglichsten Gegenstände dieser Klagen. Der Wichtigkeit wegen war die Entscheidung solcher Prozesse in Rom an die Centumviros, in den Provinzen aber an die Recuperatores verwiesen [75]).

schwärzerer Tinte darüber geschrieben. Haloander lieset *se* esse neget. Eben so Baudozo. Russard bemerkt diese Leseart am Rande. Bynkershoek Observation. iur. Rom. Lib. VII. cap. 8. glaubt jedoch das *esse* sey per ἀναδίπλωσιν *esse se* zu lesen.

69) Cod. Erl. *cognoscet.*

70) Haloander und Baudoza *et quia.*

71) *Praestare* fehlt bey Haloander. Russard hat es mit seinem gewöhnlichen Zeichen eingeschlossen.

72) Haloander und Baudoza *proclamat ad libertatem.*

73) Haloander *edocere.*

74) §. 13. *I. de actionib.* S. *Arn.* Vinnius in Comm. ad h. §. und *Ant.* Faber in Iurisprud. Papinianeae scientia. Tit. VIII. Princip. VI. Illat. 10. pag. 317. (*Lugd.* 1607.)

75) Cicero *de Oratore.* Lib. I. cap. 38. Suetonius in *Vespasiano* cap. 3. Cicero *Divinat. in Caecil.* cap. 17. *L.* 32. §. 7. *D. de receptis. L.* 30. *D. de liberali causa.* S. *Ger.* Noodt de Iurisdict. Lib. I.

Um den Prozeß gehörig einzuleiten, mußte erst festgesetzt werden, wer die Rolle des Klägers, und wer die des Beklagten zu übernehmen habe; und hier kam es darauf an, wer den bisherigen Besitzstand zu verändern, und demselben zuwider einen Zustand geltend zu machen suchte, welchem der andere Theil widersprach. Dieser ward als der Kläger angesehen, und mußte also auch den Beweis seiner Intention in der Hauptsache übernehmen. Wer sich hingegen zur Zeit des erhobenen Rechtsstreits in dem Besitz des Zustandes ohne Gefährde befand, um welchen gestritten wurde, ward als Beklagter behandelt, und genoß den Vortheil des Besitzers [76]). Dieß war nun

I. der Fall, wenn über die Freyheit eines Menschen ein Rechtsstreit entstand Hier kam es darauf an, ob derjenige, über dessen Status gestritten wurde, sich, wie Ulpian [77]) sagt, ex possessione servitutis auf die Freyheit berief, und deswegen obrigkeitliche Hülfe suchte; oder ob er ex possessione libertatis von einem Andern als sein Sklave in Anspruch genommen wurde. Im ersten Falle ist derjenige Kläger, welcher gegen den Besitz-

Cap. 9 et 12. besonders aber *Car. Frid.* ZEPERNICK Disquisit. de causis centumviralibus. §. XI. insert. Syll. opusculor. SICCAMAE lib. de iudicio centumvirali adject. (*Halae* 1776.) pag. 260—266.

76) *Jac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis. Lib. II. cap. 3. (in *Operib.* T. II. pag. 753. *Lugd.* 1623. 8.) *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad §. 13. I. de actionib. pag 473 (*Trajecti ad Rhen.* 1739) und *Jan. a* COSTA Praelection. ad illustriores quosd. Titulos, Locaque select. iur. civ. ad L. 10. C. de probat. pag. 236.

77) *L.* 33. §. 1. *D. de procurator.* und *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L.

stand der Servitut die Freyheit geltend zu machen sucht, in dem letztern aber derjenige, welcher gegen den Besitzstand der Freyheit einen als Sklaven vindicirt, wie aus folgender Stelle **Ulpians** *libro LIV. ad Edictum*[78]) erhellet: Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. Igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem, aut contra, agatur? *Et si forte apparuerit, eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse: is, qui se dominum dicit, actoris partes sustinebit, et necesse habebit servum suum probare. Quod si pronuntiatum fuerit, eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse: ipse, qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare.* **Ulpian** fährt fort *libro LV. ad Edictum*[79]). Quod autem diximus, *in libertate fuisse,* sic est accipiendum, non ut se liberum doceat is, qui liberale iudicium patitur, *sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse.* Quid sit autem *sine dolo malo fuisse*, videamus? Nam Julianus ait, omnes, qui se liberos putant, sine dolo malo in libertate fuisse: si modo se pro liberis gerant, quamvis servi sint. Varus autem scribit, eum, qui se liberum sciat, dum in fuga sit, non videri sine dolo malo in libertate esse: sed simul atque

78) *L. 7. §. ult. D. de liberali causa.*

79) *L. 10. D. eodem.*

desierit quasi fugitivus se celare, et pro libero agere, tunc incipere sine dolo malo in libertate esse: etenim ait, eum, qui scit se liberum, deinde pro fugitivo agit, hoc ipso, quod in fuga sit, pro servo agere. Eben dieser Ulpian sagt weiter [80]): Potest et servus sine dolo malo in libertate morari: utputa testamento accepit libertatem, quod nullius momenti esse ignorat: vel vindicta ei imposita est ab eo, quem dominum esse putavit, cum non esset: vel educatus est quasi liber, cum servus esset. — *Et generaliter dicendum est, quotiens quis iustis rationibus ductus, vel non iustis, sine calliditate tamen, putavit se liberum, et in libertate moratus est, dicendum est, hunc in ea causa esse, ut sine dolo malo in libertate fuerit: atque ideo possessoris commodo fruatur.* Man unterschied also bey der causa liberalis den vorläufigen Beweis des Besitzes, welcher zur ordinatio iudicii, und praeparatio causae gehörte, und darüber entschied, wer bey einem solchen Prozesse die Rolle des Klägers, und wer die des Beklagten übernehmen mußte; und den Beweis in der Hauptsache, welcher demjenigen oblag, der nun in diesem Prozesse als Kläger behandelt wurde. Jener vorläufige Beweis mußte aber auf den Besitz zur Zeit des entstandenen Prozesses gerichtet werden; wie ebenfalls Ulpian [81]) sagt: Probatio autem ad id tempus referetur, cum sine dolo malo in libertate fuerit, *quo primum in ius aditum est.* Auf die ordinatio und praeparatio liberalis causae bezieht sich auch die Verordnung der

80) *L. 12. §. 2. et 3. D. eodem.*

81) *L. 12. §. 4. D. eodem.*

Kaiser Diocletian und Maximian, welche *L.* 15. C. *h. t.* an den Antonius auf folgende Art rescribiren: Vis eius, qui se dominum contendit, ad imponendum onus probationis servo minime prodest. Cum igitur aufugisse te de domo Severi profitearis, verum nec ab illo iusto initio, sed per violentiam adseveras te esse detentum, inquisito prius, *an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis:* tunc etiam, *onus probationis quis debeat subire?* per huiusmodi eventum declarabitur. Antonius gestand, daß er aus dem Hause des Severus, welcher sein Herr zu seyn behauptete, entflohen sey. Er gab aber vor, Severus habe ihn mit Gewalt weggekapert. Er habe also den Besitz von ihm unrechtmäßiger Weise erhalten. Die Kaiser rescribiren dem Anton, diese vorgegebene Gewalt könne ihm nicht zu Statten kommen, da er eingestandenermaßen entflohen sey. Es komme vor allen Dingen darauf an, ob er nachweisen könne, daß er sich ohne Gefährde in dem Besitz der Freiheit befinde. Darnach werde sich dann entscheiden lassen, wem in der Hauptsache die Last des Beweises obliege. Eben so war es

II. wenn über Ingenuität und Libertinität gestritten wurde. Von diesem Falle handelt die erst weiter unten folgende *L.* 14. *D. h. t.* Eben so war es endlich auch

III. in dem Falle, wenn über die väterliche Gewalt ein Rechtsstreit entstand, und der Sohn läugnete, daß er noch in der Gewalt seines Vaters sey. Die Analogie von der causa liberalis trat hier um so mehr ein, weil der Sohn durch die Emancipation, so wie der

Sklave durch die Manumission, ein freyer Mensch wurde; daher man von undankbaren Kindern sagte, sie hätten sich der ihnen durch die Emancipation zu Theil gewordenen Freyheit unwürdig gemacht [82]). Es konnte nämlich über das Recht und die Wahrheit der Emancipation Zweifel entstehen; oder es konnten solche Umstände in einem vorkommenden Falle vorhanden seyn, die es ungewiß machten, ob der Sohn noch in der väterlichen Gewalt sey [83]). Auch hier war zur ordinatio iudicii, wie bey der liberalis causa, eine cognitio praetoria erforderlich, um auszumitteln, wer im Besitz sey [84])? Befand sich der Vater bisher in dem Besitz der väterlichen Gewalt, und der Sohn behauptet, diesem Besitzstande zuwider, er sey sui iuris, so erwartet man auch billig den Beweis von ihm. Nicht die Ehrerbietung allein, welche hier von Paulus als der erste Grund angeführt wird, ist es, welche ihn dieser Last unterwirft, sondern er intendirt auch, den bisherigen Zustand aufzuheben. Ganz anders wäre es, wenn der Vater sich nicht im Besitz der väterlichen Gewalt, sondern der Sohn, oder die Tochter sich ohne Gefährde im Besitz des Zustandes eines homo sui iuris befindet. Hier legen die Gesetze dem Vater die Beweislast auf, daß der Sohn oder die Tochter noch in seiner väterlichen Gewalt sey [85]).

82) *L. un. Cod. de ingratis liberis.* (VIII. 50.) *Ant.* Faber Iurisprud. Papinian. scientia. pag. 310.

83) *L. 1. Cod. de patria potest.* (VIII. 47.) Faber Iurispr. Papinian. pag. 317. Illat. 10.

84) Pothier Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXX. pag. 638.

85) *L. 34. D. Soluto matrimonio.* Africanus *libro VIII. Quaestionum.* Titia divortium a Sejo fecit: hanc

Ich füge zum Beschluß aus den Scholien der Basiliken [86]) noch die Interpretation des Cyrillus bey. Ο ὑπεξούσεος ἐιπὼν ἑαυτόν ἀυτεξούσιον βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. ὁ ἀπὸ νομῆς γάρ ὑπεξουσιότητος ἀναβοήσας ἐις αυτεξουσιότητα, ἄκτωρ εἶναι δοκεῖ. Καὶ γὰρ ὁ δοῦλος εἰς ἐλευθερίαν ἀναβοήσας, ὡς τὴν παροῦσαν κατάστασιν ἀναστρέψαι πειρώμενος, ἄκτωρ ἐστί, καὶ βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. ὁ τοίνυν ὑπεξούσιος ἀυτεξούσιον ἑαυτὸν εἶναι διαβεβαιούμενος, βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσι. i. e. *Qui in patris potestate est, si se sui iuris esse dicat, onus probandi suscipit. Nam qui ex possessione alienae potestatis in potestatem sui proclamat, actor esse videtur: nam et servus ad libertatem proclamans, quia praesentem statum subvertere conatur, actor est, eique onus probandi incumbit. Itaque filiusfamilias, qui se adfirmat emancipatum esse, hoc probare debet.*

L. 9. CELSUS [87]) *libro primo Digestorum.*

Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur an id actum sit, ut ipsius

Titius in sua potestate esse dicit, et dotem sibi reddi postulat: ipsa se matremfamilias dicit, et de dote agere vult. Quaesitum est, quae partes iudicis sint? Respondit: *patri, nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegendam actionem.*

86) *Basilica* Tom. III. pag. 28. et 29.

87) Dieser *Celsus* ist derjenige, welchen Pomponius *L.* 2. §. *ult. D. de Or. iuris* CELSUS FILIUS nennt, nämlich PUBLIUS JUVENTIUS CELSUS. Ein Sohn desjenigen, welcher in den Gesetzen CELSUS PATER genennt wird. *L.* 39. *D. Mandati.* Er war unter Hadrian

dumtaxat persona [88]) eo statueretur [89]). Sed quamvis verum est [90]), quod qui excipit, probare debeat quod excipitur: attamen de ipso dumtaxat, ac non de herede eius quoque convenisse, petitor, non qui excipit, probare debet: quia plerumque tam heredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus.

Ganz richtig bemerkt Russard, daß man mit diesem Fragment die *L.* 33. *D de pactis* [91]) verbinden solle, welche auch aus des Celsus erstem Buche seiner Digesten genommen ist. Celsus trägt daselbst den Fall vor.

mit dem *Q. Julius Balbus* im Jahre der Erb. Roms 882. Consul. *L.* 20. §. 6. *D de heredit. petit.* Sein wichtigstes Werk waren libri 39 Digestorum, woraus viel Fragmente in die Pandecten des K. Justinian gekommen sind. S. *Abrah.* WIELING Iurisprud. restituta. T. I. pag. 24—32. und besonders *Jo Gottl.* HEINECCII Ex. de P. Iuventio Celso (in *Opusc. varior. Syll.* Ex XII. pag 503—518.)

88) Haloander und Baudoza lesen *debitoris* persona.

89) Cod. Erl. hat *coartaretur.* Haloander *artaretur.* Baudoza *coarctaretur.*

90) Baudoza verum *sit.*

91) Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, *ne a se, neve a filio suo dos peteretur:* si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur: quippe heredi consuli concessum est: nec quicquam obstat, uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit: caeteris autem non consuli. Dieselbe Stelle wird nochmals *L.* 10. *D. de pactis dot.* aus Pomponius angeführt.

Ein Großvater versprach im Namen seiner Enkelin, die er von seinem Sohne hatte, ein Heyrathsgut. Nachher schloß er den Vertrag, daß dieser Brautschatz weder von ihm noch von seinem Sohne gefordert werden solle. Jetzt verlangte man denselben von dem Miterben des Sohns. Konnte sich auch dieser mit der exceptio pacti schützen? Nein, sagt Celsus; wohl aber kann es der Sohn thun. Für den Sohn konnte aber der Vater paciscieren, theils weil er noch in der väterlichen Gewalt, und also der Vater selbst dabey interessirt war, theils als künftigen Erben. Dem andern Miterben hingegen konnte die exceptio pacti um so weniger zu statten kommen, weil der Vertrag ein pactum in personam war, und er überdem von dem Vertrage ausdrücklich ausgenommen war, wie aus *L.* 10. *D. de pactis dotal.* erhellet; wo noch die Worte stehen: *ab* ALIO *vero, quam filio herede, ut dos peteretur.* Die daher entstehende Ungleichheit unter den Erben war auch an sich den Gesetzen nicht zuwider. Denn kann man überhaupt zum Vortheil seiner Erben Verträge schließen, was könnte mich hindern, auch nur zum Besten Eines meiner Erben zu paciscieren, ohne zugleich die übrigen zu begünstigen. Da indessen die Obligationen des Erblassers nur pro hereditariis portionibus auf die Erben übergehen, so haftet der Miterbe nur für seinen Antheil [92]). Verbindet man nun dieses Fragment mit unserer *L.* 9. so handelte Celsus wahrscheinlich von der Wirkung des pacti, *ne petam*, oder quo profiteor, *te non teneri.* Denn nur bey den pactis liberatoriis pflegten die Römischen Rechtsgelehrten die Frage

92) S. CUJACIUS Comm. in Tit. Pand de pactis ad L. 33. cit. und *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 23.

abzuhandeln, in wiefern sie sich auf die Erben mit erstrecken? Daher pflegten sie auch nur diese, ihrer Wirkung nach, in pacta *in rem* und *in personam* einzutheilen[93]). Ja nach der Meinung der meisten Ausleger[94]) ging das ganze Edict des Prätors, so allgemein auch die Worte desselben bey Ulpian[95]) lauten, nur hauptsächlich auf solche Verträge. Von einem pactum de non petendo erklärt auch der griechische Scholiast in den Basiliken[96]) unsern Celsus, wenn er sagt: Ὁ πάκτον γενικὸν τῷ οἰκείῳ ποιήσας δεβίτωρι εἰπὼν ὅτι ἐκ ἀπαιτῶ το χρέος, δοκεῖ κατὰ πρόληψιν καὶ τὸν κληρονόμον τοῦ δεβίτορος συμπεριλαμβάνειν τῷ πάκτῳ. i. e. *Qui generaliter pactus est cum debitore suo ne peteret, heredem quoque debitoris ex praesumtione pacto complecti videtur.* Eben so die Glosse des justinianeischen Rechts. Man kann sich daher mit Desiderius Heraldus[97]) den Fall auf folgende Art denken. Sempronius

93) *L.* 7. §. 8. *D. de pactis.* *L.* 17. §. 3. *L.* 25. §. 1. *L.* 40. *D. eodem.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 314.

94) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Lib. II. Tit. 14. Oper. Tom. II. pag. 69. et ad Edictum Praetoris de pactis et transact. Cap. 6. *Oper.* Tom. I. pag. 498. *Ant.* Schulting Enarratio partis I. Dig. lib. II. Tit. 14. §. 15. *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. III. Cap. 41.

95) *Lib.* 7. §. 7. *D. de pactis.*

96) *Basilica* Tom. III. pag. 29. Not. 9.

97) De rerum iudicatarum auctoritate. Lib. II. cap. 18. §. 4. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1251.) Man sehe auch *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 476. und *Hug.* Donellus ad h. Tit. Cap. 3. pag. 262.

hat mit seinem Schuldner, dem Titius, das pactum gemacht, er wolle die schuldige Summe von ihm nicht fordern. Er klagt nun gegen desselben Erben, den Mävius, auf die Bezahlung. Mävius setzt ihm die Einrede entgegen, die Schuld sey seinem Erblasser durch das vom Kläger mit ihm eingegangene pactum de non petendo erlassen worden, und dieser Vertrag gehe auch auf die Erben. Sempronius replicirt, der mit seinem Erblasser der Schuld wegen geschlossene Vertrag sey ein bloßes pactum in personam gewesen, welches ihm als Erben nicht zu statten komme. Es war nämlich in dem Vertrage mit dem verstorbenen Schuldner des Erben keine Erwähnung geschehen; deswegen war es zweifelhaft, ob nicht die Absicht dabey gewesen sey, daß der Vertrag sich blos auf die Person des Schuldners allein beschränken sollte? Dieß ist unstreitig der Sinn der Worte: *ut ipsius duntaxat persona eo statueretur*, wenn man die florentinische Leseart beybehält. Denn statuere heißt etwas bestimmen, meinen, beschließen, festsetzen; also geht der Sinn dahin, daß nur die Person des Schuldners allein in dem Vertrage gemeint oder bestimmt, oder beschlossen seyn solle. Es fragte sich also, ob der Beklagte seine Einrede, oder der Kläger die Replic zu erweisen habe? Celsus sagt, wenn gleich sonst der Beklagte seine Einrede beweisen muß, so kann ihm doch in dem gegenwärtigen Falle der Beweis darum nicht aufgelegt werden, weil er die allgemeine Vermuthung für sich hat, nach welcher angenommen wird, daß man nicht blos für sich, sondern auch für seine Erben paciscire, besonders wenn von einem pacto liberatorio die Rede ist. Man könnte zwar sagen, wenn Sempronius mit seinem

Schuldner Titius den Vertrag machte, daß er die Schuld von ihm nicht fordern wolle, so sey dieser Vertrag ein pactum in personam gewesen, weil nur die Person des Schuldners im Vertrage genennt ist. Es komme also dem Erben nicht zu gute[98]). Allein mit Recht sagt Ulpian[99]), ob das pactum in rem, oder ob es in personam sey, müße man nicht blos aus den Worten, sondern auch aus der Absicht der Paciscenten beurtheilen. Denn oft werde eine Person im Vertrage genannt, nicht um ein Personalpactum zu schließen, sondern um anzudeuten, mit wem das pactum geschlossen sey. Diesem gemäß sagt daher Papinian libro I. Responsorum[100]). Tale pactum: *profiteor te non teneri*, non in personam dirigitur, sed, cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habebit. Billig muß also der Kläger den Beweis seiner Replic übernehmen[1]).

---

98) *L.* 26. §. 1. *D. de pactis.*

99) *L.* 7. §. 8. *D. eodem.*

100) *L.* 40. *pr. D. de pactis.* S. *Jac.* CUJACII Commentar. in Libr. I. Responsor. Papiniani ad h. L. *Operum* a FABROTO editor. Tom. I. pag. 7. sq. et Observation. Lib. XVIII. cap. 2. *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 4. *Oper.* Tom. I. pag. 494.

1) Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 29. not. r. bemerkt bey dem Worte *probet: τουτέστι δι ἀντι παραγραφῆς*, hoc est, per replicationem.

L. 10. MARCELLUS *libro tertio Digestorum.*

Census et [2]) monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit.

Census können hier 1) die tabulae censuales, oder Musterrollen heißen, welche ursprüglich bey dem census lustralis errichtet wurden, und worin die Namen, Alter und Vermögen der römischen Bürger, so wie dies alles Jeder bey den Censoren gewissenhaft angeben mußte, verzeichnet waren, wornach sich dann theils die Pflicht zum Kriegsdienst, theils die Größe der Abgaben an den Staat richtete. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen [3]) erklärt wenigstens auf diese Art, das Wort *census*, wenn er sagt: Κένσος ἦν σανὶς ἤτοι χάρτης, ἔνθα Ρωμαῖοι ἀπεγράφοντο τας ὀικείας περιουσίας, ἐπὶ τὸ ἐν καιρῷ πολέμου κατὰ τὸ μέτρον τῆς ἰδίας ὑποστάσεως ἕκαστον εἰσφέρειν. i. e. CENSUS *erat tabula sive charta, in qua Romani facultates suas profitebantur, ut belli tempore pro modo patrimonii sui unusquisque conferret.* Návard 4) und van Loon [5]) haben zwar gegen diese Erklärung verschiedenes eingewendet; allein schon Wilh. Fornerius [6]), Pet. Perreno-

2) Varianten finden sich bey dieser Stelle nirgends. Nur die Glosse macht die Bemerkung, daß auch wohl in Handschriften das *et* fehle, aber doch auch dann der Sinn deutlich sey, nämlich monumenta publica, in quibus continebantur census.

3) Lib. I. Tit 5. §. ult. pag 60. edit. Reitz.

4) de Auctoritate Prudentum. Cap. 7. *Operum* T. II. pag. 883.

5) de Manumissionib. servor. Lib. I. cap. 2. §. 2.

6) Selection. Lib. I. cap. 24. (Tom. II. *Thes. iur. Rom.* pag. 35.)

nius[7]), Wilh. Otto Reitz[8]) und Ruttg. Ant. van Beem[9]) haben den Begriff des griechischen Paraphrasten gegen alle Einwürfe hinlänglich gerechtfertiget. Auch Dionys von Halicarnaß[10]) hat den Census eben so beschrieben. Wäre es richtig, daß der census nach Vespasian ausser Gebrauch gekommen, und schon zu Ulpians Zeiten Antiquität gewesen sey; so könnte man freylich zweifeln, ob Marcellus zu seinen Zeiten noch von jenen römischen Musterrollen gesprochen habe. Allein nach Vespasian, welcher mit seinem Sohne Titus selbst noch das Censuramt bekleidet hatte, und das Lustrum auf die alte feyerliche Art begieng, wie sein Biograph Suetonius[11]), und selbst Censorinus[12]), aus dem man sonst gewöhnlich den Untergang des census zu beweisen sucht, erzählt, hörte nur der census *lustralis* allmählig auf; nur die *lustra*, welche, wie Censorinus sagt, quinto quoque anno censu civium habito, mit gewissen feierlichen Opfern, die man aus Li-

7) Animadversion. Lib. II. cap. 28. (Tom. I. *Thes. Otton*, pag. 659.)

8) ad Paraphras. graec. T. I. pag. 60. not. g.

9) Diss. de Manumissionibus in SS. Ecclesiis. Cap. I. §. 3 (in *Ger* OELRICHS *Thes. novo Dissertation. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 8. sq.)

10) *Antiquitat. Rom.* Lib. IV. nr. 164. pag. 221. edit. *Sylburg.*

11) *Vita Vespasiani.* cap. 8. *Vita Titi* c. 6.

12) *de Die Natali* cap. 18. et ad Eundem LINDENBROG. Man s. auch PITISCUS Lex. Antiquitatum. voc. *Lustrum.*

vius[13]) und Dionyß[14]) kennt, begangen wurden, verschwanden nach und nach, und hörten mit Decius oder Valerianus[15]) ganz auf. Daraus folgt aber nicht, daß der census selbst aufgehört habe[16]). Ulpian[17]) führt es ja noch als ein Beyspiel der capitis deminutio maxima an, *cum incensus aliquis venierit.* Es muß also zu seiner Zeit der census noch im Gebrauche gewesen seyn, wenn gleich, wie er an einem andern Orte[18]) sagt, die manumissio per censum, so wie sie ehemals lustrali censu auf eine feyerliche Art zu geschehen pflegte, zu seinen Zeiten Antiquität war. Ueberdem schrieb Ulpian selbst noch unter Antoninus Caracalla sechs Bücher de censibus[19]), und bemerkt, daß beym Census eben so wohl das Alter, als eine genaue Beschreibung der Grundstüke und Sklaven

13) L. I. cap. 44.

14) Antiquit. Rom. Lib. IV. p. 225.

15) Trebellius Pollio in *Valeriano*. cap. 1. et 2.

16) S. Schulting ad *Caji* Institut. Lib. I. Tit. 1. §. 1. not. 17. in *Jurispr. Antejust.* pag. 10. *Idem* ad *Ulpianum* Tit. I. §. 8. not. 28. in *Iur. Antej.* p. 564. et ad fragmentum regularum ex *Dositheo* §. 17. not. 67. ibid. pag. 808. *Rutg. Ant. van* Beem Diss. cit. de manumissionib. in SS. Ecclesss. Cap. I. §. 14 — 18. und *And. Guil.* Cramer Vespasianus. pag. 64. sqq.

17) *Fragm. Tit. XI.* §. 11.

18) *Fragm. Tit. I.* §. 8.

19) *L.* 1. *pr. D. de Censibus.* S. *Tob.* Gutberleth Diss. ad L. 1. §. 6. 7. 8. et 9. de Censibus. Cap. I. et IX. in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. pag. 295. und *Abr.* Wieling Iurisprud. restituta. pag. 262.

beygebracht werden müsse [20]), welches man, wie Arcadius Charisius [21]) bemerkt, *censualis professio* nannte. Hieß nun auch Census vorzüglich der Tribut, oder die Vermögenssteuer, so muß es doch auch unläugbar noch zu Ulpians Zeiten tabulae censuales gegeben haben, und auch diese nannte man, so wie in den Provinzen die professiones, *census*, wie Ulpian [22]) selbst lehrt. Ehmals mußte freylich alles, was beym census verhandelt wurde, erst durch das lustrum bestätiget werden, allein unter den Kaisern band man sich nicht mehr an das lustrum [23]). Ganz recht sagt daher Donellus [24]): Marcellus *census* vocat tabulas et scripturas publicas de civium censu et bonorum aestimatione. *Census* nannte man aber auch 2) die öffentlichen Register über das Gebiet einer Stadt, und die darin liegenden steuerbaren Ländereien ihrer Bürger, welche von den Censitoren errichtet, und von den Peräquatoren und Inspectoren revidirt wurden. Sie

20) *L.* 3. *et* 4. *D. de Censibus.*

21) *L.* 18. §. 16. *D. de muneribus.* *L.* 3. *Cod. Sine censu vel reliquis.*

22) *L.* 2. *D. de Censibus.*

23) Eine merkwürdige Stelle aus dem Fragment des Dositheus § 19 in Hugo *iure civ. Antejust.* Tom. I. pag 260. kann hier zum Belege dienen. Man vergl. auch *Frid. Ad* Schilling Diss. crit. de fragmento iuris Rom. Dositheano. P. I. *Lipsiae* 1819. 8. pag. 24 sq.

24) Commentar. ad Tit. Pand. de fide instrumentorum. Cap. 2. pag. 280.

hießen auch libri *polyptici* [25]) Cujaz [26]) sagt: *Censum* dicimus publicas tabulas territorii civitatis, et agrorum cuiusque. An einem andern Orte [27]) bemerkt er jedoch, daß auch die tributa, vectigalia, publicae pensitationes, quod onus est agrorum, non personarum, et quidem onus omnium agrorum, qui sunt *censui censendo*, id est, qui iure civili emi et vendi possunt, *Census* genennt werden. Cujaz [28]) sagt weiter: *Census* sunt descriptiones iugerum et capitum [29]). *Censitores* sunt, qui census agunt, *Peraequatores* et *Inspectores*, qui emendant, praediis inspectis et adaequatis invicem, ut releventur, quibus gravius est onus adscriptum, graventur, quae sunt censita levius [30]).

25) S. *Jac.* Gothofredi Commentar. in L. 2. Cod. Theod. XI. 28. de indulgentiis debitorum Tom. IV. pag. 204. et 205. *Idem* in Paratitl. ad Tit. 10. libri XIII. de censu. Tom. V. pag. 126. et in Paratitl. ad Tit. 11. de censitoribus, peraequatoribus et inspectoribus pag. 139. sq.

26) Paratitl. in Tit. Pandectar. de Censibus.

27) Paratitl. in libr. IV. ad Tit. 47. Cod. Sine censu vel reliquis.

28) Commentar. ad Libr. XI. Tit. 57. Cod. de censibus, et censitoribus, et peraequatoribus et inspectoribus.

29) *Capita* heißen hier die steuerbaren Grundstücke, so wie die Besteuerung derselben, oder die darauf gelegte Steuer *capitatio*, oder auch *iugatio* genennt wurde. S. Gothofredi Commentar. ad L. 2. Cod. Theod. de censu. Tom. V. pag. 131.

30) S. auch Gothofredi Paratitl. ad Tit. 11. Lib. XIII. Cod. Theod. de censitoribus. Tom. V. pag. 140.

Monumentum heißt überhaupt jedes Denkmal, quod rei memoriam ad posteritatem propagat, wie Brisson [31]) sagt Daher nennen die Kaiser Arcadius und Honorius die alten libri censuales, *veterum monumenta chartarum* [32]). Sind sie von obrigkeitlichen Personen, und unter deren Auctorität errichtet, so werden sie *monumenta publica* genennt, und sind entweder Urkunden auf Stein und Metall, *monumenta* im eigentlichen Sinn, oder es sind Gerichts-Acten, monimenta actorum [33]). Hier scheint Marcellus unter *monumenta publica* vorzüglich die Denkmäler von Metall verstanden zu haben, welche über Grundeigenthum, Ackergränzen, und Ländervertheilungen unter öffentlicher Auctorität von den Agrimensoren und Censitoren pflegten errichtet zu werden [34]). Barnabas Brisson [35]), und Wilhelm Fornerius [36]) haben diesen Begriff aus einer

31) De Verb. iuris Significat. voc. *Monumentum.* nr. 3.

32) *L.* 2. *Cod Theod XI.* 28. *de indulgentiis debitor.*

33) *L.* 31. *Cod. de donation.*

34) Gegenstand der Agrimensoren war nur hauptsächlich das vom Staate angewiesene, und limitirte Land, welches vom Gemeinlande oder der Staats-Domaine abgesondert war. Nur für diese war eine gewisse Form und Maaß zum beständigen Andenken und Beweiß auf Metall verzeichnet. Die agri occupatorii und arcifinii, welche durch natürliche oder willkührliche Feldscheiden abgegränzt waren, hatten, wie Siculus sagt, weder Form noch Metall. S *Jac.* Cujacius Observat. Lib. X. cap. 2. und Niebuhr Römische Geschichte. 2. Th. S. 379. ff.

35) Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 5. et 6.

36) Selection. Lib. III. cap. 2.

Menge von Stellen aus **Frontinus**, **Siculus Flaccus**, **Hyginus**, und **Aggenus Urbicus** erwiesen. Man erkennt es auch schon aus einer Stelle in den Pandecten. **Venulejus Saturninus**[37]) sagt nämlich *libro* 3. *iudiciorum publicorum:* Qui *tabulam aeream* Legis, *formamve agrorum, aut quid aliud continentem*, refixerit vel quid inde immutaverit, *Lege Iulia peculatus* tenetur. Aus solchen tabulis aeneis wurden nun vorzüglich die Streitigkeiten über Ackermaaß, und Ackergränzen entschieden, wie aus der Constitution des Kaisers **Tiberius** de lege agrorum et limitum bey **Julius Frontinus** erhellet, wo gesagt wird, *monumenta illa publicam fidem tenere;* und **Siculus Flaccus** de conditionibus limitum bemerkt: *illam tantum fidem agrorum videri, quae tabulis aereis manifestatur, continentibus formas agrorum.* Und hieraus erklärt sich denn, wenn **Marcellus** in unserm Fragment sagt, sie wären in solchen Streitigkeiten ein besserer Beweis als Zeugen, wie auch durch ein Senatusconsult soll verordnet worden seyn, wovon sich jedoch außerdem keine weitern Nachrichten finden. Von diesem Beweise durch Monumente bey Gränzstreitigkeiten spricht auch **Papinian**, wenn er *libro II. Responsorum*[38]) sagt: In finalibus quaestionibus *vetera monumenta*, ac *census auctoritas* ante litem inchoatam ordinati sequenda est. Doch fügt er die Ausnahme hinzu: modo

37) *L.* 8. *pr. D. ad Legem Juliam peculatus.*

38) *L.* 11. *D. fin. regund.* S. *Jac.* CUJACII Commentar. in libr. II. Responsor. Papiniani ad h. L. *Operum* a FABROTO editor. Tom. I. pag. 71. S. auch den 10. Th. dieses **Commentars** §. 720. S. 458.

si non varietate successionum, et arbitrio possessorum, fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur [39]). So wie nun bey Gränzstreitigkeiten der Beweis durch alte Monumente dem Beweise durch Zeugen vorgezogen wurde, so gab es auch noch andere Fälle, wo der Beweis durch Zeugen nicht hinreichte, sondern durch Urkunden geführt werden mußte. Dahin gehörte der Fall, wenn über die Ingenuität ein Streit entstand. So rescribirte Kaiser Alexander *L. 2. Cod. de testib.* Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis, quibus potes. *Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* Ausserdem haben Urkunden und Zeugen-Aussagen in der Regel gleiches Gewicht [40]). Nach einer griechischen, vom Cujaz [41]) wiederhergestellten Constitution [42]), die vom Kr. Antonin herrühren soll, sollen jedoch mündliche Zeugenaussagen nichts gelten gegen eine schriftliche Urkunde, welche von Zeugen unterschrieben ist [43]).

---

39) *L. 2. Cod. eodem.* wiederholt dieses mit denselben Worten.

40) *L. 15. Cod. de fide instrumentor.*

41) Observation. Lib. XIII. cap. 38.

42) *L. 1. Cod. de testib.*

43) S. *Jan. a* Costa Praelect. ad illustriores quosdam titulos locaq. select. iur. civ. ad L. 1. cit. pag. 252. sq. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Decad. XCIX. Th. 3. erklärt die *L. 1. C. de testibus:* Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur, so, daß dieselben Zeugen, welche die Urkunde unterschrieben, und durch ihr Zeugniß bekräftiget haben, nicht gehört werden sollen, wenn sie nachher das Ge-

L. 11. CELSUS *libro undecimo Digestorum*.

Non est necesse pupillo probare, fideiussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse. Nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur [44]).

Celsus handelte im eilften Buche seiner Digesten von der actio tutelae adversus magistratum, wie aus der Verbindung dieses Fragments mit *L. 7. D. de magistratibus conveniendis* erhellet, welche aus eben diesem Buche genommen ist. Diese Klage hatte nach dem Römischen Recht nicht gegen alle und jede Magisträte Statt, welche den Pupillen Vormünder zu bestellen gesetzlich auctorisirt waren, sondern nur gegen magistratus municipales, nämlich gegen die duumviros [45]). Die magistratus maiores, der Praefectus urbi, der Praetor, der Präses der Provinz, der Proconsul, hatten bey der Bestellung der Vormünder das Recht der Inquisition, worunter man die feierliche Untersuchung der Eigenschaften eines Tutors verstand. Diese machte, wenn sie billigend ausfiel, jede andere Si-

gentheil von dem bezeugen wollen, was in der Urkunde enthalten ist. Jedoch nimmt er den Fall aus, wenn diese Zeugen läugnen sollten, daß sie bey Errichtung der Urkunde zugegen gewesen, und dieselbe unterschrieben hätten. Denn der Beweis des Falsums findet gegen jede Urkunde Statt. *L. 23. Cod. ad L. Cornel. de falsis.*

44) Cod. Erl. *caveatur.* Bauboza *idonee* caveretur.

45) §. 2 *et* §. 4 *I. de Satisdat. tutor. vel curator. L. 1. pr. D de magistratib. conveniend. Ger.* NOODT Commentar ad Dig. Lib. XXVII. Tit. 8. Opp. Tom. II. pag. 582. und *Jo. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. I. Cap. 14.

cherheitsleistung unnöthig. Daher hatte die actio tutelae subsidiaria gegen solche Magisträte nicht Statt [46]). Die Municipal-Obrigkeiten hatten hingegen ein solches Inquisitionsrecht nicht, sie mußten sich daher von den Vormündern, die sie ernannten, Satisdation, d. i. eine Caution durch tüchtige Bürgen bestellen lassen [46]), und wenn sie etwas dabey versahen, machten sie sich selbst verantwortlich [48]). Gegen sie war daher die actio subsidiaria adversus magistratum unter dem Kaiser Trajan durch ein Senatusconsult eingeführt [49]). Wenn nun der Pupill den Tutor, und die Bürgen ausgeklagt, und von keinem derselben seine Entschädigung erhalten hatte, so kam es nun, wenn er den Magistrat selbst in Anspruch nahm, darauf an, wer den Beweis übernehmen müsse, wenn die Frage war, ob die für den Vormund angenommenen Bürgen schon gleich anfangs keine fideiussores idonei gewesen, oder ob sie es erst nachher durch Zufall geworden sind. Da die Municipalobrigkeiten für künftige Ereignisse nicht haften durften, so konnte nur in dem ersten Falle eine Ver-

46) *L.* 1. §. 1. *D. de magistrat. conven.*

47) *L.* 3 *D de tutor. et curator. dat. L.* 1. §. 11. *et* 15. *D de magistrat. conven.*

48) *L.* 3. *Cod. de magistrat. conven.*

49) *L.* 5. *Cod. eodem* Impp. Dioclet. et Maxim. In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo, nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem utilem ex *Senatusconsulto*, quod auctore *Divo* Trajano, Parente nostro factum est, constitit. S. Bach Traianus pag. 158—160.

antwortlichkeit derselben Statt finden [50]). Dem Pupillen, wenn er gleich der Kläger ist, kann nun auf keine Weise zugemuthet werden, das Gegentheil von dem zu beweisen, was zur Ausführung der Einrede des Beklagten gehört. Er braucht nur nachzuweisen, die Bürgen, die der beklagte Magistrat für den Tutor angenommen, seyen nicht solvent gewesen. Es ist lächerlich, mit der Glosse von der Gegenwart auf die Vergangenheit zu schließen, und die Vermuthung anzunehmen, als ob die Bürgen, die jetzt nicht solvent befunden werden, auch gleich anfangs nicht tüchtig gewesen wären. Nein, es ist hier von keiner Präsumtion die Rede, welche für die Pupillen streitet, sondern dem Magistrat, sagt Celsus, liegt der Beweis ob, weil es zu seiner Amtspflicht gehörte, für die Sicherheit des Pupillen besorgt zu seyn. Er ist also auch schuldig über das, was er von Amtswegen gethan, Rechenschaft abzulegen [51]). Mit Celsus stimmt auch Ulpian überein, welcher *libro XXXVI ad Edictum* [52] sagt: Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fideiussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed Magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse.

---

50) *L.* 1. §. 11. *D. de magistrat. conveniend.*

51) S. Donellus ad Tit. Dig. de probationibus. Cap. 4. pag. 266. et 267.

52) *L.* 1. §. 13. *D. de magistrat. conveniend.*

L. 12. IDEM *Libro septimo decimo*[53]) *Digestorum.*

Quingenta[54]) testamento tibi legata sunt: iTem scriBtum est[55]) in codicillis postea scriptis[56]). Refert duplicare legatum voluerit, an repetere: et oblitus[57]) se in testamento legasse, id fecerit: Ab utro[58]) ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit: sed nimirum[59]) probationes quaedam a reo[60]) exiguntur. Nam si creditum petam[61]), ille respondeat, solutam esse pecuniam: ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse[62]), ipse heres id adprobare[63]) iudici debet.

53) Haloander lib. XII Dig. Baudoza lib. XVI. Digestorum. Alle übrige *lib. XVII Dig.*

54) Haloander Quinquaginta. So lasen allerdings mehrere alte Handschriften, wie schon Accursius in der Glosse bemerkt hat.

55) So ist die Schreibart in der Torellischen Ausgabe. Gebauer hat, wie die meisten, idem scriptum. Allein Russard und Charondas haben die Torellische Scriptur beybehalten.

56) Haloander: Idem scriptum est *postea in codicillis.*

57) Haloander et *an* oblitus. Eben so Baudoza.

58) Cod. Erl. ab *utroque*, und über ab ist *an* durch Beyfügung eines Einschaltungszeichens geschrieben.

59) Haloander *interdum.* Auch die *Basilica* Tom. III. pag. 3. haben ὅτε, welches eben soviel bedeutet.

60) Haloander *et* a reo.

61) Hal. *petatur.*

62) Cod. Erl. inanem esse dicat. Eben so Baudoza.

63) Cod. Erl. *probare.* Eben so Baudoza.

Der Testator hatte dem Titius 500 in seinem Testament vermacht. Er machte nachher ein Codicill, in welchem demselben Legatar die nämliche Summe vermacht war. Nach dem Tode des Testirers fordert Titius zweymal 500, die eine Summe aus dem Testament, die andere aus dem Codicill. Der Erbe behauptet, dem Kläger gehörten nur 500, denn ihm seyen nicht zwey, sondern nur ein Vermächtniß hinterlassen worden, welches der Testator blos zu mehrerer Gewißheit nochmals im Codicill wiederholt habe. Wäre hier nicht von einer Summe die Rede, oder wäre dieselbige Summe in einem und eben demselben Testamente mehrmals vermacht worden, so würde der Erbe nicht Unrecht haben, und der Legatar würde sich der Beweislast nicht entziehen können. Darüber haben auch Ulpian[64]), Julian[65]), und Papinian[66]) längst entschieden. Allein in dem Falle, den Celsus in unserm Fragment entscheidet, war es schon zweifelhafter, was die Absicht des Testirers gewesen sey, ob er das Legat habe verdoppeln oder nur wiederholen wollen? Denn man könnte zwar auch hier sagen, der Testator habe vielleicht vergessen, daß er dem Legatar schon 500 im Testament vermacht habe. Es könnte also den Anschein gewinnen, als ob dem Legatar, als dem Kläger, der Beweis obliege. Allein des Klägers Intention war schon dadurch hinlänglich begründet, daß er zwey schriftliche Verordnungen des Testirers für sich hatte, in welchen dieselbe Summe des Legats ausgedrükt

64) *L.* 34. §. 1. *et* 3. *D. de legatis I.*

65) *L.* 86. §. 1. *D. eodem.*

66) *L.* 66. §. 5. *D. de legat.* 2. *Jos.* AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. IV. cap. 20.

war [67]). Behauptete nun dagegen der Beklagte, das Codicill gelte nicht für ein besonderes Legat, es enthalte blos eine Wiederholung und Bestätigung des frühern Vermächtnisses, oder sey aus Vergessenheit des frühern Legats gemacht worden, so ist dieß eine Einrede, wodurch er den Grund der Klage bestreitet, und zu zerstören sucht. Der Erbe muß also den Beweis davon um so mehr übernehmen, da Vermächtnisse überhaupt zu Gunsten des Legatars erklärt werden sollen [68]).

L. 13. Idem *libro trigesimo* [69]) *Digestorum.*

Cum de aetate hominis [70]) quaereretur [71]), Caesar noster in haec verba rescripsit. Et durum et ini-

67) *L.* 27. *pr. D. de legat. III.* Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 87.

68) *Jos.* Averanius Interpretat. iuris Lib. V. cap. 10. nr. 7. Ueber L. 12. de probat. vergleiche man *Franc.* Duarenus in Tit. Pand. et Cod. de probat. Cap. 3. pag. 936. *Hug.* Donellus ad h. Tit. Cap. 3 pag. 254. *Guil.* Fornerius Selection. Lib. II. cap. 9 (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 55.) *Lud.* Charondas Πειθανων. s. Verisimilium Lib. I. cap. 21. nr. 5. (*Thes. Otton.* Tom. I. p. 734.) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 476.

69) Haloander Lib. XIII.

70) *M. Ant.* Muretus Observat. iuris. Cap. 12. *Th. Otton.* Tom. IV. p. 140. will *de statu hominis* lesen.

71) Cod. Erl. *quaeritur.*

quum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur [72]), et diversae professiones proferuntur [73]), ea [74]) potissimum stare, quae nocet [75]): sed causa cognita veritatem excuti oportet: et ex eo potissimum annos [76]) computari, ex quo praecipuam [77]) fidem in ea re constare credibilius videtur.

Celsus führt hier ein Rescript seines Kaisers an, welches von dem Beweise des Alters eines Menschen handelt. Wer dieser Kaiser sey, und an wen das angeführte Rescript ergangen sey, wird nicht gesagt. Da Juventius Celsus der jüngere, aus dessen Digesten auch dieses Fragment entlehnt ist, vorzüglich unter Trajan und Hadrian blühete [78]), so muß das Rescript, wie auch Peter Burgius glaubt, vom Trajan oder Hadrian

72) Holoander *quaeritur*. Eben so Baudoza. Muretus a. a. O will folgendermassen lesen: cum de statu alicuius quaeritur. Er meint, es sey nicht die Frage vom status aetatis, sondern vom status im ächtjuristischen Sinne, nämlich vom status libertatis oder civitatis gewesen. Allein zu dieser Emendation ist gar kein hinlänglicher Grund vorhanden. Auch die *Basilica* Tom. III pag 3. haben περὶ ἡλικίας. de aetate.

73) Cod. Erl. *proferrentur*.

74) Haloander ei. Eben so Baudoza.

75) Haloander, wie Baudoza, noceat.

76) Muretus c. l. emendirt *anno*. Auch zu dieser Emendation ist gar kein Grund vorhanden.

77) Haloander *praecipue*.

78) S. Christ. Lud. Neuber juristische Classiker. 1. Th. Berlin 1806 Nr. VII. Celsus. S. 138. und 139.

seyn [79]). Es war hier die Frage, wenn über den status aetatis ein Streit entsteht, wornach man sich zu richten habe, wenn verschiedene professiones von den Partheyen beygebracht werden? Es verdient hier Erstens der Ausdruck *status aetatis* unsere Aufmerksamkeit. Es ist bekannt, daß man in neueren Zeiten die alte Vorstellung vom status naturalis und civilis als fehlerhaft und inconsequent verworfen hat, und nur allein den letztern, als den Inbegriff der allgemeinen Gründe und Bedingungen, unter welchen Jemand als eine Person im Römischen Staate anzuerkennen war, im Sinne des Röm. Rechts unter dem *status hominis* verstehen will [80]). Da diese Bedingungen denn freylich nur in der libertas, der civitas, und der familia bestanden, so war ein status naturalis in jenem Sinne undenkbar. Daß diese Idee die alte und ursprüngliche Vorstellung der Römer, mithin die ächt juristische sey, kann wohl nicht bezweifelt werden. Allein eben so wenig kann es auch einigem Zweifel unterworfen seyn, daß man mit dem Worte *status* noch eine allgemeinere Bedeutung verknüpft habe, welche auch bey der Ueberschrift des Titels der Pandecten de statu hominum zum Grunde liegt, wie aus *L. 7. L. 9. L. 10. L. 14. L. 26. eiusd. Tit.* zu ersehen ist. In dieser allgemeinern Bedeutung ist denn *status* soviel als conditio hominis, d. i. die Beschaffenheit eines menschlichen Wesens, von welcher Rechtsverhältnisse abhängen [81]). Je

79) Burgius Elector. libr. Cap 6. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 319.)

80) S. von Feuerbach civilistische Versuche 1. Th. Nr. VI. S. 181. ff.

81) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 60. Not. 1. S. 60. der 5. Aufl. und Dabelow Hand-

nachdem nun diese Beschaffenheit entweder von der Natur des Menschen, oder von seinem bürgerlichen Leben und Verhältniß zum State abhängig ist, kann der status hominis allerdings entweder *naturalis* oder *civilis* seyn [82]). Der Ausdruck status naturalis ist zwar freylich dem Röm. Recht fremd, allein doch die Sache selbst nicht, welche mit diesem Ausdrucke bezeichnet wird. Dieß beweißt nun vorzüglich auch unser Fragment, in welchem namentlich von statu aetatis alicuius die Rede ist [83]).

Soviel nun hiernächst den Beweis des Alters anbetrifft, so konnte der Fall, wo über das Alter eines Menschen gestritten wird, eben so häufig vorkommen, als die Frage entstehen, wem in diesem Falle der Beweis obliege, oder wessen Beweis entscheidend sey, wenn die beygebrachten Beweise einander widerstreiten? Der griechische Scholiast [84]) führt das Beyspiel an, wenn Jemand seines Alters wegen die Restitution gegen einen geschlossenen Contract sucht. Allein es konnte ja auch der Fall vorkommen, daß über das Testament eines Verstorbenen gestritten wurde, welches der Intestaterbe aus dem Grunde anfocht, weil der Testirer noch nicht das erforderliche Alter bey Errichtung desselben gehabt habe. Jac. Gode-

buch des Pandectenrechts 3. Th. (Halle 1818.) §. 210. und §. 211.

82) *Jo. Christ. Frid.* Meister Ius Rom. privat. Vol. I. §. 59 — 62.

83) Man vergleiche auch *L.* 77. §. 14. *D. de legat II. L.* 1. §. 11. *L.* 3. §. 6. *et* 8. *D. de Carbon Edicto.*

84) *Scholia Basilixων.* Tom. III. pag. 32. not. x.

froi[85]) meint jedoch, unser Celsus habe vielmehr in Beziehung auf die Lex Iulia de maritandis ordinibus von dem Beweise des Alters gehandelt, und das Capitel desselben vor Augen gehabt, vermöge welchen man sich nicht mit einem noch nicht zehenjährigen Mädchen verloben solle, die man nicht längstens in zwey Jahren heyrathen könne, wenn man die Rechte und Belohnungen der Ehemänner auch schon als Bräutigam genießen wolle. Nun verwirft zwar Franz Ramos del Manzano[86]) diese Ansicht; allein daß Celsus im 30 Buche seiner Digesten wirklich von der Lex Papia handelte, setzt die *L. 23. D. de ritu nuptiar.* ausser allen Zweifel. Auch Heineccius[87]) bezieht daher unser Fragment auf die Lex Iulia, obgleich auf ein anderes Capitel desselben, nämlich auf das dritte, welches von den Ehen sechzigjähriger Manns- und funfzigjähriger Frauenspersonen handelte, und nachher durch das Persicianische, Claudianische und Calvisianische Senatusconsult mancherley Bestimmungen und Abänderungen erhielt[88]). Hätte indessen auch dieß alles an sich seine unbezweifelte Richtigkeit, so würde man wenigstens jetzt nicht mehr unser Fragment auf jene Lex Iulia beschränken können, da Justinian

85) Fontes quatuor iuris civ. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. pag. 275. not. c. (*Genevae* 1653. 4.)

86) Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. IV. nr. 5. (in *Ger.* Meerman *nov. Thes. iur. civ. et can.* Tom. V. pag. 446.)

87) Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 3. pag. 160.

88) S. *Henr. Jo.* Arntzenius Miscellaneor. cap. 7. und Püttmann de nuptiis senum commentat. *Halae* 1782. 8.

dieselbe gänzlich aufgehoben hat [89]). Es sind also wohl die oben angeführten Fälle die passendsten.

Wie ist nun also in solchen Fällen das Alter zu beweisen? Modestin sagt *Lib. 2. Excusationum* [90]): Ἡ δὲ ἡλικία δείκνυται ἢ ἐκ παιδογραφιῶν, ἢ ἐξ ἑτέρων ἀποδείξεων νομίμων. i. e. Aetas autem probatur aut *ex nativitatis scriptura*, aut aliis demonstrationibus legitimis. Was Modestin hier παιδογραφία, oder *nativitatis scriptura* nennt, ist beym Celsus *professio* oder eigentlich *natalis professio*, wie sich die Kaiser Diocletian und Maximian [91]) ausdrüken. Dergleichen professiones natales konnten von zweyerley Art seyn, publicae und privatae, je nachdem sie entweder aus öffentlichen Acten, oder aus bloßen schriftlichen Privat-Anmerkungen der Eltern, oder aus andern Nachrichten hervorgenommen wurden. Seitdem nämlich die Lex Iulia et Papia Poppaea mit einer gewissen Zahl ehelich erzeugter Kinder Belohnungen und Immunitäten verknüpft hatte, war es Sitte, daß die Eltern die Namen ihrer neugebohrnen Kinder in die öffentlichen Bürger-Rollen (tabulae publicae) einschreiben ließen. Man behauptet zwar gewöhnlich, diese Anstalt der professio liberorum rühre vom Kr. Marcus Antoninus her. Von diesem erzählt nämlich sein Biograph Julius Capitolinus [92]) folgendes. *Inter haec liberales causas ita munivit, ut primus iuberet apud praefectos aerarii Saturni unumquemque civium natos liberos*

89) *L.* 27. *Cod. de nuptiis.*

90) *L.* 2. §. 1. *D. de Excusation.*

91) *L.* 6. *Cod. de fide instrum.*

92) In *Marco Antonino. Philos.* cap. 9.

profiteri intra tricesimum diem, nomine imposito. Per provincias tabulariorum publicorum usum instituit, apud quos idem de originibus fieret, quod Romae apud praefectos aerarii: ut si forte aliquis in provincia natus causam liberalem diceret, testationes inde ferret. Allein daß diese professio schon vorher unter Domitian, Trajan, und Antoninus Pius im Gebrauche gewesen sey, hat Heineccius [93]) aus den Zeugnissen des Juvenals [94]) und Apulejus [95]) hinlänglich erwiesen. Deswegen dürfen wir aber doch auch das Zeugniß des Capitolins nicht verwerfen. Marcus Antoninus verordnete allerdings zuerst, daß auch, insonderheit um der causae liberales willen, jeder Bürger seine neugebohrne Kinder, und zwar binnen dem dreyßigsten Tage, bey den praefectis aerarii Saturni, so wie in den Provinzen bey den Tabulariis anzeigen sollte, damit der Beweis ihrer freien Geburt, wenn diese etwa in der Folge in Streit gezogen werden sollte, daraus geführt werden könnte [96]). Das aerarium Saturni war

93) Commentar. ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 8. §. 6. pag 213—215.

94) *Satyr.* IX v. 82.

95) *Apologia* Tom. I. pag. 328. edit. *Altenb.*

96) *Em.* Merillius Observat. Lib. III. cap. 33. glaubt, daß man in der angeführten Stelle des Capitolinus statt intra tricesimum diem vielmehr intra tertium diem lesen müsse, weil ein neugebohrnes Kind, wenn es nur den neunten Tag überlebt hatte, an welchem ihm sein Name war beygelegt worden, schon den Eltern nützte, um die Decima von einander zu erben. Er glaubt auch, daß die professiones natalium durch die

nämlich damals das Hauptarchiv der Römer [97]), welches deswegen Plutarch [98]) τῶν συμβολαίων φυλακτήριον und Apulejus [99]) Tabularium publicum nennt. Ausserdem daß die geschehenen Professionen in die Stadt-Acten aufgenommen, und diese Geburtslisten in dem Stadt-Archiv aufbewahrt wurden, erhielten auch die Eltern noch einen besondern Geburtsschein für das Kind, welches sie angezeigt hatten. Apulejus sagt daher: *Pater natam sibi filiam more ceterorum professus est. Tabulae eius partim tabulario publico, partim domo adservantur.* Dieser tabulae professionum geschieht auch in einer Verordnung des Kaisers Alexander, als Beweismittel für das Alter, Erwähung [100]), und da bey der Profession auch die Zeit der Geburt des Kindes angegeben werden mußte, so ist es ausser Zweifel, daß das Alter eines Menschen vorzüglich daraus erwiesen werden konnte. Nun konnte aber sich der Fall ereignen, daß die professio publica mit der privata nicht übereinstimmte. Z. B. die professio privata war eine Aufzeichnung der Mutter oder des mütterlichen Großvaters. Hatte nun die professio publica mehrere Glaubwürdigkeit, als die privata? Man setze den Fall, daß gerade die publica den Gegenbeweis enthielt. Es konnte auch seyn, daß die

Lex Papia seyen eingeführt worden. Allein man sehe HEINECCIUS ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 14. §. 4.

97) S. *Jo. God.* RICHTER Diss. de tabulariis urbis Romae. *Lipsiae* 1736. Cap. 4.

98) *Quaestion. Roman.* 42.

99) Cit. loc.

100) *L.* 1. *Cod. Si minor. se majorem dix.*

von beyden Partheyen beygebrachten Professionen blos Privatscripturen waren, wie Peter Burgius[1]) den Fall sich denkt. Denn zuweilen konnte die professio auch wohl von beyden Eltern unterlassen worden seyn. Dieß konnte dem Kinde freylich nicht zur Last gelegt werden[2]). Welche von beyden Professionen gab nun aber bey dem Beweise über das Alter den Ausschlag? der Kaiser entscheidet diese Frage dahin, es solle die Wahrheit genau untersucht und das Alter nach derjenigen Urkunde bestimmt werden, welche unter den vorliegenden Umständen den meisten Glauben verdient. Die professio publica kann also an sich, und als solche, auf keine vorzüglichere Glaubwürdigkeit Anspruch machen. Sie war zwar öffentliche Urkunde, und hatte auch, als solche, öffentlichen Glauben. Aber sie war nur öffentliche Urkunde über die Wahrheit der wirklich so geschehenen Angabe, als sie sich nach ihrem Inhalte aussprach. Ihr Inhalt selbst beruhete jedoch auf der bloßen Privatanzeige des Vaters oder der Mutter, von denen dieselbe apud acta geschehen war, wie auch Westenberg[3]) sehr richtig bemerkt. Dem Inhalte nach verdiente also eine professio privata soviel Glauben, als eine publica[4]). Ja man konnte der apud acta

1) Elector. cap 6. pag. 320.

2) *L.* 15. *Cod. de liberali causa.*

3) Divus Marcus. Diss. VII. §. 14. (*Oper.* a *Iungio* editor. Tom. III. pag 92.)

4) Von der Glaubwürdigkeit elterlicher Anmerkungen in Familiensachen, besonders in Beziehung auf die Kinder, sehe man überhaupt Gönner's Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. Bd. Nr. XLVI. §. 4. Nr. 5. und §. 9. S. 372.

geschehenen Profession schon darum nicht geradezu den Vorzug geben, weil man Beyspiele hatte, daß bey uneinigen Eheleuten zuweilen absichtlich zum Nachtheil und zur Kränkung des andern Theils eine falsche Angabe geschehen war, wovon Scävola in der *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* ein Beyspiel anführt. Auch die Kaiser Diocletian und Maximian sprechen *L.* 14. *C. h. t.* von einer ementita professio [5]. Mit Recht rescribirte daher der Kaiser bey Celsus, nur die Wahrheit solle in solchen Fällen entscheiden, nicht die äussere Form der Urkunde. Ausserdem war zwar auch der Fall möglich, daß die professio, sie sey eine publica oder privata, mit Zeugenaussagen im Widerspruche stand, deswegen möchte ich aber doch nicht mit Pothier [6]) unter professiones, von welchen das Rescript spricht, blos depositiones testium verstehen, als welche, wie Brisson [7]) lehrt, nicht sowohl professiones, als vielmehr testationes genennt werden. Schon Wilhelm Budäus [8]) tadelte daher wegen dieser Erklärung die Gloße, und bewies aus einer Menge klassischer Stellen, daß *profiteri* eigentlich so viel heiße, als publice et apud acta aliquid ultro denunciare. Uebrigens hat es keinen Zweifel, daß auch in diesem Falle des Wider-

5) Mehrere Beyspiele solcher falscher Anzeigen enthalten *L.* 15. *L.* 22. *L.* 24. *C. de liberali causa.* Man vergleiche auch *L.* 5. *C. de testam.*

6) Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XVI. not. d.

7) De Verbor. iur. Significat. Voc. *Professio, profiteri,* und *testatio.* Man vergleiche auch *Fr.* Ramos del Manzano ad LL. Iul. et Papiam. Lib. IV. Reliquat. VII. nr. 3. pag. 450.

8) Annotat. in Pandectas ad nostr. L. fol. 169 b. (*Lutetiae* 1556. f.)

spruchs die Entscheidung unsers Gesetzes zur Anwendung kommen müßte. Es versteht sich endlich auch wohl von selbst, daß den Beweiß des Alters derjenige übernehmen müsse, der den Grund seiner Intention darin setzt. Daher rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian der Martiana [9]): Cum te minorem quinque et viginti annis esse proponas, adire Praesidem provinciae debes, *et de ea aetate probare;* und Marcellus [10]) lehrt *lib. I. de officio Praesidis:* De aetate eius, qui se maiorem annis viginti quinque dicit, causa cognita probandum est: quia per eam probationem in integrum restitutioni eiusdem adolescentis et aliis causis praeiudicatur.

L. 14. ULPIANUS *libro secundo de officio Consulis.*

Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat [11]), referendum est [12]) quis actoris partibus fungatur: et si quidem in possessionem [13]) liber-

9) *L.* 9. *Cod. h. t.* et ad h. L. *Jan. a* COSTA Praelection. pag. 234. sq.

10) *L.* 43. *D. de minorib.* Adde *L.* 4. *Cod. de in integr. restitut. minor.*

11) Hal. *dicit.*

12) d. h. es ist zu berücksichtigen, oder zu erwägen. Die Glosse erklärt das referendum durch distinguendum est.

13) Cod. Erl. in possessione. Eben so Haloander und Baudoza. Allein der Accusativ statt des Ablativs ist bey Ulpian gar nicht ungewöhnlich. Eben so sagt er *L.* 1. §. 1. *D. de Carbon. Edicto* in possessionem

tinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere: doceréque se ingenuum esse: sin vero in possessione [14]) ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, scilicet eius, qui ei [15]) controversiam movet, hoc [16]) probare debet, qui eum dicit libertum suum [17]). Quid enim interest, servum suum quis, an libertum [18]) contendat? Si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationem [19]), ad hoc ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, hoc est, ingenuum se esse [20]) ut pronuntietur: an obtemperare [21]) ei debeat, tractari potest: et non ab re

bonorum esse. *L.* 20. §. 5. *D. Qui testam. facere poss.* in iudicium testis esse vetatur. *L.* 5. *pr. D. de impens. in res dot. fact* manere in rerum detentationem. *L.* 42. §. 1. *D. de acquir. vel omitt. hered.* in societatem perseverare. *L.* 8. *pr. D. de novat.* in moram esse. Noch mehrere Stellen führt WESTENBERG in *Divo Marco* Diss. VIII. §. 14. pag. 102. an.

14) Cod. Erl. in possessionem.

15) Ei fehlt in Cod. Erl.

16) Cod. Erl *et* hoc.

17) Cod. Erl. suum *esse*.

18) Cod. Erl servum quis an libertum suum contendat, Haloander servum *quis* suum.

19) Cod. Erl. probationes. Eben so Haloander und Baudoza.

20) Cod. Erl. ingenuum esse. Haloander: ut se ingenuum esse pronuncietur. Baudoza: ut ingenuus esse pronuncietur.

21) Haloander: *obtemperari.* Dieser Leseart giebt Brenkmann den Vorzug.

esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum [22]), et sententiam secundum se dandam [23]), cum nulla captio intercedat iuris [24]).

Dieses Fragment liefert einen neuen Beleg zur obigen Erklärung der *L. 8. h. t.* und bestätigt den Satz, daß bey entstandenen Rechtsstreitigkeiten über den status eines Menschen derjenige die Rolle des Klägers, mithin auch die Last des Beweises zu übernehmen habe, welcher sich nicht in dem Besitz des Status befindet, über welchen gestritten wird. Hier ist nun zwar der Fall, daß Jemand behauptet, er sey ein ingenuus, welchen ein Anderer für seinen libertus hielt; allein es gilt hier das

22) Hal. morem geri *probanti* se ingenuum. Eben so *Frr. Sennetonii.* Diese Leseart billigen auch Brenkmann und *Jo. Guil.* Hoffmann Meletem. s. Observat. var. ad Pand. Diss. XX. §. 2. Sie ist auch dem Sinn ohne Zweifel mehr angemessen, und wird auch durch die Erklärung des griechischen Scholiasten in den Basiliken Tom. III. pag. 33 unterstützt: *Τί οὖν ὅτι ἐὰν ἐν νομῇ ὢν ἐυγενείας ὁ λεγόμενος ἀπελεύθερος, καὶ θαῤῥῶν τοῖς, οἰκέιοις δικαίοις ἐπαγάγηται δεικνύειν ἑαυτὸν ἐυγενῆ, ἆρα δεχόμεθα ἀποδεικνύοντα ἀυτὸν, κἂν ἀποδείξῃ, ψηφιζόμεθα εἶναι ἀυτὸν ἐυγενῆ; λέγει ὁ Οὐλπιανός καὶ πάνυ μάλιστα, ὅτι μηδεμία ἐστὶ νόμου παραγραφή.* i. e. *Quid ergo si in possessione ingenuitatis sit, qui libertus dicitur, et fiducia sui iuris in se suscipiat probationes ingenuitatis suae, an admittemus eum* DOCENTEM, *et si hoc probaverit, pronuntiabimus ingenuum esse? et* Ulpianus *ait, omnino admittendum, quia nulla iuris captio est.*

23) Cod. Erl. et sententia secundum se danda.

24) Hal. cum nulla captio iuris intercedat.

Nämliche, was oben von dem Falle gesagt wurde, da Jemand behauptet, er sey ein freier Mensch, welchen ein Anderer für seinen Sklaven hielt. Denn ob Jemand behauptet, ein Anderer sey sein Sklave, oder er sey sein Freygelassener, das macht keinen Unterschied. Ulpian erörterte diesen Fall in seinem *libro singulari de Officio Consulis*, weil auch die Consuln in Sachen der Libertät eine competente Jurisdiction hatten [25]. Zwar gehörten causae liberales auch noch unter den Kaisern hauptsächlich vor das Centumviralgericht [26], dem der Prätor in Rom vorstand, und dem daher auch die Jurisdiction in solchen Sachen zugeschrieben wird [27]; allein doch nicht ausschließlich [28]. Favor enim libertatis est, sagt Paulus [29]) *libro* 13. *ad Edictum*, *ut maiores iudices habere debeat*; ja Justinian verordnete [30]), huiusmodi lites, *in quibus*, *utrum ingenuus an libertinus sit aliquis*, *quaeritur*, apud competentes *maximos iudices* examinari oportere. Den Ausdruck Ulpians *in possessione libertinitatis esse* erklärt der

25) *L.* 50. *D. de condit. et demonstrat.* *L.* 27. *D. de liberali causa.* Campiani de officio et potestate Magistratuum Romanor. et iurisdict. pag. 117. und *Mich. Conr.* Curtius Comm. de Senatu Rom. post tempora Reip. liberae. Lib. II. cap. 2. §. 31.

26) S. *Car. Frid.* Zepernick Disquisit. de causis centumviralibus. §. 11. adj. Siccamae libro *de iudicio centumv.* pag. 260. sqq.

27) *L.* 1. *Cod. Si mancip. ita venierit, ne prostituat.*

28) Zepernick c. l.

29) *L.* 32. §. 7. *D. de arbitris.*

30) L. 6. C. Ubi causa status agi debeat. S. Zepernick c. l. pag. 261.

griechische Scholiast: durch παρέχειν ὑπηρεσίας ὡς ἀπελεύθερος, operas praestare quasi libertus. *In possessione ingenuitatis esse* ist hingegen soviel, als pro ingenuo se gerere. In beyden Fällen wird aber vorausgesetzt, daß es sine vi et sine dolo malo geschehen sey [31]). Befindet sich also derjenige, dem seine freie Geburt streitig gemacht wird, in dem Besitz der Ingenuität, so ist er zwar vom Beweise frey, und kann den Beweis des Gegentheils abwarten. Will er aber dennoch, im Vertrauen auf sein Recht, den Beweis seiner freien Geburt freywillig übernehmen, so kann ihm dieses ohne Bedenken erlaubt werden, weil es nicht in fraudem legis geschieht. Dieß heißt hier: *cum nulla captio intercedat iuris.* Denn er begiebt sich dadurch blos eines Vortheils, den er nach den Gesetzen zu genießen gehabt hätte, und dieß steht einem Jeden frey [32]). Daher sagt auch Paulus *libro V. Sententiar. Receptar* [33]). Cui necessitas probandi de ingenuitate sua non incumbit, ultro si ipse probare desiderat, audiendus est. Accursius bemerkt, Placentinus habe diese Stelle in unserm Fragmente nicht zu erklären gewußt. Vielleicht aber gereichte ihm dieses Bekenntniß weniger zur Schande, als dem Accursius seine eigene Erklärung, nach welcher *morem ei geri* soviel seyn soll, als consuetudinem iudiciorum ei servari. Wer kann

31) L. 10. L. 12. pr. D. de liber. causa. S. DONELLUS ad h. Tit. Pand. Cap. 2. pag. 251.

32) *L. 29. Cod. de pactis.*

33) *L. 39. pr. D. de liberali causa.* Diese Stelle ist aus PAULI *Sentent. receptar. Lib. V. Tit.* 1. genommen. S. *Ant.* SCHULTING Iurispr. Antejustin. p. 433.

dieß lesen, ohne mit Franz Duaren [34]) auszurufen: Videtis quanta fuerit caligo temporis *Accursii!* Die vorhergehenden Worte: an *obtemperari* ei debeat, konnten ihn ja schon belehren, daß *morem ei geri* nichts anders, als eben dasselbe, bedeuten könne, nämlich daß man dem Besitzer hierin gern willfahre, probanti (nicht *probandi*, welches eine offenbar falsche Leseart ist) *se ingenuum*, d. h. wenn er beweisen will (*probare volenti*) [35]) er sey ein Freygebohrner. Diese freywillig übernommene Beweisführung war nun auch für ihn nicht ohne Nutzen. (Et non *ab re* esse opinor.)

Der Vortheil bestand darin, daß wenn er diesen Beweis vollständig beybrachte, er dadurch eine Sentenz erwirken konnte, wodurch er geradezu für einen ingenuus erklärt wurde, dahingegen, wenn er den Beweis seinem Gegner übernehmen ließ, und dieser fehlschlug, das Erkenntniß nur dahin gieng, er sey nicht des Klägers libertus [36]). Noch anders wurde die Sentenz gefaßt, wenn der Kläger, der den status des Beklagten in Streit gezogen hatte, den Prozeß liegen ließ. Hier hatte der Beklagte die Wahl, ob er den Prozeß cassiren lassen, (cognitionem circumduci) oder es auf einen Rechts-

34) Comm. ad h. Tit. Cap. IV. *Oper.* pag. 939. in fin.

35) Es geschieht das in den Pandecten sehr häufig, daß die verba absolutae actionis, durch cupio, desidero, volo, erklärt werden müssen. Eine Menge Beyspiele hat *Guil. Ott.* Reitz in Annotatt. Sporad. bey Püttmann in Opuscul. iurid. ex observatt. miscell. Batavis in unum volum coll. p. 151. sq. angeführt.

36) S. Pothier Pand. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXX. not. e. pag. 638.

spruch ankommen lassen wollte. Diesen erwirkte er, wenn er den Beweis seiner Freyheit oder Ingenuität übernahm. Das Erkenntniß lautete aber nachher folgendermaßen: *Servum illius* oder *libertum illius non* VIDERI, wie unser Ulpian in demselben *lib. 2. de Officio Consulis* bemerkt hat [37]).

L. 15. MODESTINUS *Libro duodecimo Responsorum.*

Quidam [38]) quasi ex [39]) Seja susceptus a [40]) Gajo Sejo, cum Gajus fratres haberet, hereditatem Gaji invasit: et fratribus eiusdem, quasi ex mandatu [41]) defuncti, fideicommissa solvit: cautionem [42]) accepit. qui postea [43]) cognito quod filius fratris eorum non fuisset, quaerebant an cum

37) *L. 27. §. 1. D. de lib. causa.* S. *Ant.* FABER Iurisprud. Papinian. Tit. IV. Princ. II. Illat. 1. pag. 128. *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio. Lib. I. Tit. 5. n. 22. (*Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 229.) und *Franc.* RAMOS DEL MANZANO ad LL. Iul. et Pappiam Lib. II. cap. 22. nr. 5. (*Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 200.)

38) Hal. macht nach Quidam ein Komma.

39) Cod. Erl. *a* Seja.

40) Haloand. susceptus Gajo Sejo. Russard hat das a mit seinem gewöhnlichen Zeichen || a || eingeklammert.

41) Cod. Erl. ex mandato.

42) Cod. Erl. *et* cautionem. Eben so Haloander und Baudoza.

43) Hal. hat nach postea und cognito ein Komma.

eo [44]) de hereditate fratris possint [45]) propter emissam manum ab eis [46]) quasi filio [47]), agere. *Modestinus* respondit, cautione exsoluti fideicommissi [48]) statum eius, qui probari potest a fratribus defuncti filius mortui non esse [49]), minime confirmatum esse. Sed hoc ipsum a fratribus probari debet [50]).

Auch hier ist von dem Beweise eines status, und der Frage die Rede, wer ihn übernehmen müsse. Es hatte sich Jemand arglistig für den Sohn des verstorbenen Cajus ausgegeben, und dessen Erbschaft in Besitz genommen. Cajus hatte Brüder hinterlassen, welche eigentlich seine gesetzlichen Erben waren. Um diese desto sicherer zu machen, und sich in seinem ungerechten Besitze, jene aber in dem Glauben, er sey der wahre Erbe, desto mehr zu befestigen, zahlt er ihnen einige Fideicommisse aus, und giebt vor, sie seyen ihm von dem Erblasser aufgetragen worden. Er gebraucht dabey die Vorsicht, sich von den Brüdern des Verstorbenen über den Em-

44) Cod. Erl. cum *eodem*.

45) Baudoza possent. Eben so die Pariser Ausgabe von 1576. apud. *Sebast. Nivellium*. f. und die des Hugo *a* Porta. *Lugduni* 1572. f.

46) Hal. propter emissam ab eis manum.

47) Cod. Erl. quasi *cum* filio. Eben so Haloand.

48) Cod. Erl. cautione ex fideicommissi soluti.

49) Haloand. qui probari *posset* a fratribus defunct filius non esse. Das Wort mortui fehlt hier.

50) Haloand. Sed hoc ipsum *tamen* a fratribus *probari debere*.

pfang der Fideicommisse eine Quittung ausstellen zu lassen. (In dieser Bedeutung wird hier das Wort cautio gebraucht [51]). Die Brüder des Verstorbenen entdeckten nachher den Betrug, und nun entstand die Frage, ob sie doch noch auf Herausgabe der Erbschaft gegen den Betrüger, als Besitzern derselben, klagen konnten, nachdem sie ihn durch die ausgestellte Quittung einmal als Sohn und Erben des Verstorbenen anerkannt hatten? Modestin sagt *propter emissam ab eis manum*. Diese Worte enthalten einen Gräcismus. Die Griechen nahmen manus häufig für chirographum [52]). Die Worte wollen also soviel sagen: propter emissum chirographum [53]), wie sie auch Cujaz [54]) erklärt, oder nach Russard [55]) propter cautionem eorum chirographo scriptam. Modestin beantwortet nun die aufgeworfene Frage auf folgende Art. Durch die ausgestellte Quittung über das empfangene Fideicommiß sey zwar der status jenes Menschen keinesweges auf eine solche Art bestätiget, daß nun vermöge derselben derjenige als Sohn anerkannt werden

51) *L.* 32. §. 1. D *de admin. tutor.* S. den 3. Th. dieses Commentars § 243. Not. 10. Die Basiliken Tom. III. pag 3 haben das Wort *ἀποδειξις*.

52) S. *Em.* Merillius Observat. Lib. III. cap. 33. und *Ev.* Otto de Iurisprud. symbolica. Exercit. II. Cap. X. pag. 188.

53) So kommt *L.* 62. *D. de act. emti et vend.* chirographum solutionis vor. Der griechische Scholiast in Basilic. Tom. III. p. 34. sagt: *ἀπόδειξιν ἰδιόχειρον ἔλαβε παρ᾽ ἀυτῶν*.

54) Commentar. in Libr. XII. Responsor. Herennii Modestini. *Oper.* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 192.

55) Not. ad h. L.

müßte, der doch wirklich des Erblassers Sohn nicht ist. Allein da doch die Brüder des Verstorbenen das Fideicommiß von ihm, als den vermeintlichen Sohn und Erben des Verstorbenen angenommen, und ihm in dieser Eigenschaft auch die Quittung ausgestellt, folglich ihn selbst in den Besitz des sich angemaßten status gesetzt haben; so müssen sie nun freylich auch, wenn sie den Betrüger aus diesem Besitz wieder vertreiben wollen, den Beweis, daß der Beklagte der nicht sey, für welchen sie ihn gehalten haben, um so mehr übernehmen, als der Betrug immer von dem bewiesen werden muß, welcher dessen Daseyn behauptet [56]. Hätten sie nur das Fideicommiß nicht angenommen, und die Quittung nicht ausgestellt, so hätte der Beklagte den Beweis seiner Einrede, daß er des Erblassers Sohn sey, nach *L.* 1. *h. t.* ohne Zweifel übernehmen müssen [57].

---

56) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.*

57) S. *Jac.* Cujacius cit. Commentar. und *Franc.* Duarenus Commentar. ad h. Tit. Cap. IV. *Operum* pag. 939.

L. 16. TERENTIUS CLEMENS *libro tertio* [58]) *ad Legem Iuliam et Papiam.*

Etiam matris professio [59]) filiorum recipitur, sed et avi [60]) recipienda est.

Seitdem es aufgekommen war, daß die Eltern ihre neugebohrnen Kinder apud acta publica angeben mußten, um allem Betruge vorzubeugen, welcher dadurch häufig war begangen worden, daß man, um die Belohnungen der ehelichen Fruchtbarkeit zu genießen, fremde Kinder

58) Haloand. libro IIII. Eben so *Lud.* MIRAEUS edit. *Paris.* 1552. 8.

59) Haloand. professio *de aetate filiorum.* Eben so Baudoza. Miräus hat die Worte de aetate eingeklammert. Der griechische Scholiast in den Basiliken T. III. pag. 35. erklärt unser Fragment auch *περὶ τοῦ χρόνου.* Allein Terentius Clemens handelte *lib. III. ad Legem Jul. et Papiam* nicht von dem Alter, sondern von der Zahl der Kinder, mit welcher nach der Lex Julia eine Immunität von persönlichen Pflichtämtern verbunden war. *L.* 147. *D. de Verb. Signif.* S. *Iac.* GOTHOFREDI Quatuor fontes iuris civ. ad Cap. VIII. Legis Iuliae et Papiae (Tom. III. *Thes. iur. Rom. Otton.* pag. 218.) und HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 8. pag. 207. sqq.

60) *Cod. Erl.* sed et *aviae maternae* recipienda est. Auch die Pariser Prachtausgabe von 1576. *apud Sebastianum Nivellium* f. lieset statt avi, *aviae.* Da die Glosse sowohl des Vivianus als des Accursius dieses Fragment durch Beyspiele von der Mutter und Großmutter erläutern, so scheint es, daß ihre Handschriften auch *aviae* gelesen haben. Die *Basilica* T. III. pag. 5. haben jedoch *τοῦ πάπωου.*

für seine eigne ausgegeben hatte; konnte die Frage entstehen, ob die professio nothwendig vom Vater, oder väterlichen Großvater geschehen müsse, oder ob sie auch von der Mutter, oder dem mütterlichen Großvater anzunehmen sey? Terentius Clemens trägt kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und da diese Stelle aus desselben Commentar ad Legem Juliam et Papiam genommen ist, so behaupten mehrere Rechtsgelehrten [61]), die professio publica sey durch die Lex Papia eingeführt worden. Es läßt sich jedoch dieß mit Gewißheit nicht bestimmen, so gewiß es auch ist, daß die professio liberorum schon längst vor den Zeiten des Kaisers Marcus Antoninus üblich gewesen sey, wie oben ad *L.* 13. *h. t.* erwiesen worden ist. Guido Pancirolli [62]) glaubt indeß, Terentius Clemens habe das Edict des Kaisers Marcus vor Augen gehabt, und solches durch Interpretation auf die Mutter und den Großvater ausgedehnt. Es scheint jedoch, daß man die professio der Mutter nur dann zu den Acten genommen habe, wenn der Mann abwesend und auf Reisen war, so daß vor dem dreyßigsten Tage, binnen welchen die professio geschehen mußte, seine Zurückkunft nicht zu erwarten war, wie aus *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* erhellet [63]). Die Glosse versteht zwar unter

61) *Iac.* GOTHOFREDUS in IV. fontibus iuris civ. ad L. Iul. et Pap. Popp. *in Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 217. und *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. III. cap. 33.

62) Thesaur. variar. Lection. utriusq. iuris. Lib. II. cap. 49 in *Iurisprud. Rom. et Attic.* HEINECCII. Tom. II. pag. 1165.

63) S. MERILLIUS Observation. c. l.

professio ein bloßes Privatzeugniß der Mutter über das Alter der Kinder, und kommt daher in Ansehung der Beweiskraft desselben wegen der *L. 6. C. de Testib.* in nicht geringe Verlegenheit. Allein der Irrthum derselben ist schon vom Franz Ramos del Manzano [64]) gerügt worden. *Professio* wird vielmehr hier im eigentlichen Sinn genommen für professio publica, oder, wie Panciroli [65]) sagt, delatio nativitatis et nominis filii, ut scribatur a persona publica ad hoc electa, vel etiam in Actis apud Praesidem. Durch eine solche professio konnte nun nicht nur das Alter, sondern auch die Zahl der Kinder bewiesen werden, wenn Jemand aus diesem Grunde eine Befreyung von persönlichen Pflichtämtern zu erhalten suchte. In dieser Beziehung gedachte auch Terentius Clemens in seinem Commentar über die Lex Julia et Papia der professio filiorum. Es ist also hier nicht sowohl von dem Beweise des Alters der Kinder, wovon die oben erklärte *L. 13.* spricht, sondern vielmehr von dem Beweise der Zahl der Kinder die Rede, welche auch der Mutter selbst zu statten kommen konnte [66]). Die Basiliken [67]) erklären jedoch dieses Fragment so, die professio der

64) Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. IV. Reliquat. VII. nr. 3. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 450.)

65) c. I.

66) *L. 5. Cod. de his, qui numero liberor. excusation. meruer.* (X. 51.)

67) Lib. XXII. Tit. 1. Const. 16. Tom. III. edit. *Fabroti* pag. 3.

Mutter und des Großvaters nüße auch dem Kinde, (συμβάλλεται τῷ παιδί) d. i. diene auch dem Kinde zum Beweise.

L. 17. Celsus Libro sexto Digestorum.

Cum de Lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam [68]). quod dum [69]) probare non potest, merito condemnavitur [70]).

Die Lex Falcidia sichert dem Erben den vierten Theil des Nachlasses gegen die verschwenderische Freygebigkeit des Testirers an Legaten, und berechtiget ihn, wenn er denselben nicht übrig hat, den Vermächtnißnehmern einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen [71]). Das Gesetz sichert eben dadurch auch die Gültigkeit der Testamente, aus welchen sonst oft selbst die Erbschaften wohlhabender Erblasser, wegen Ueberschwerung mit Vermächtnissen, ausgeschlagen wurden. An der Erhaltung der Testamente war aber selbst den Triumvirn gelegen, unter deren Herrschaft diese Lex auf den Antrag des Tribuns Publius Falcidius im Jahre der Erb. Roms 714 ist gegeben worden, weil von testamentarischen Erbschaften an das Aerar die Vicesima abgegeben

68) Auch *Cod. Erl.* macht nach Falcidiam ein Punctum.

69) Haloander cum.

70) *Cod. Erl.* condempnabitur. Alle andere condemnabitur, auch so die Gebauerische Ausgabe.

71) *L. 1. pr. D. ad Leg. Falcid.*

werden mußte [72]). Das Gesetz sichert endlich auch dem Erben die Erbschaft in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers befand, so daß nachheriger Zuwachs derselben den Legatarien nicht zu statten kommt, und trägt auch gleich der Erbe die nachher erfolgte Abnahme, so steht es ihm doch noch immer frey, die Erbschaft auszuschlagen, um hierdurch die Legatarien zu nöthigen, daß sie sich mit ihm vergleichen [73]).

Will nun der Erbe in einem vorkommenden Falle von der Lex Falcidia Gebrauch machen, so muß vor allen Dingen der Betrag des Nachlasses berechnet werden. Dazu wird nach dem Röm. Recht ein Arbiter gegeben, sobald auch nur einer der Legatarien sich gemeldet hat. Jedoch pflegt dann der Erbe auch die übrigen Legatarien, so wie auch die Gläubiger, vorladen zu lassen, um dieser Vermögensuntersuchung beyzuwohnen, und ihr Interesse dabey wahrzunehmen. Es versteht sich aber, daß diese Berechnung denen nicht präjudiciren kann, welche nicht dazu mit vorgeladen worden sind [74]). Der Erbe muß nun bey dieser Berechnung den Legatarien die erforderlichen Beweise über den angegebenen Bestand der Erbschaft vorlegen, weil sie sich nicht schlechterdings

72) Dio Cassius *Hist. Rom Lib. XLVIII. pag.* 377. Appianus *de bello civ.* Lib. V. pag 1129. *Io. Guil.* Hoffmann Singularia capita ex historia Triumviratus. *Francof. ad Viadr.* 1733. §. 15. (in *Dan.* Fellenberg *Iurisprud. antiqua.* Tom. II. *Bernae* 1761. 4.) pag. 303. sq und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 265.

73) *L.* 73. *pr. D. ad Leg. Falcid.* §. 2. *I. eodem.*

74) *L.* 1. §. 6. *D. Si cui plus, quam per L. Falc.*

bey seiner Angabe zu beruhigen brauchen [75]). Hieher gehört die Stelle aus Scävola's *Libro XXI. Digestorum* [76]: Post aditam hereditatem triennio exacto, legatariis heres legem Falcidiam opponit idcirco, quod administravit tutelas testator, quarum ratio nondum reddita sit: et quod neget tantum redigi ex nominibus posse, quantum in cautione deductum est. Quaesitum est, an rationes defuncti et omnium instrumentorum hereditariorum et pupillarium rationum legatariis desiderantibus heres describendi potestatem facere debeat: ne in potestate eius sit proferre, quod velit, et per hoc in fraudem legatarii inducantur? Respondit, *ad iudicis officium pertinere, explorare ea, per quae probetur, quanti sit in bonis* [77]).

Diesem gemäß sagt nun also unser Celsus mit Recht, dem Erben liege der Beweis ob, wenn er im Streite mit dem Legatarien behauptet, daß er den Falcidischen Antheil nicht übrig habe. Denn er sucht hierdurch nicht nur ein Recht, sondern auch zum Theil eine Befreyung geltend zu machen [78]). Kann er diesen Beweis nicht führen, so muß er zur Auszahlung des ganzen Legats ohne Abzug verurtheilt werden.

---

75) S. *Jac.* Voorda ad Legem Falcidiam commentar. (*Harlingae* 1730. 8.) Cap. XIII. §. 1. pap. 349. sq.

76) *L.* 95. §. 2. *D. ad L. Falcid.*

77) S. Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1187. und §. 1188.

78) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführ. im Civilproc. Absch. VI. S. 181. Not. 24.

L. 18. ULPIANUS *Libro sexto Disputationum.*

Quotiens operae quasi a liberto petuntur, probationes ab eo, qui se patronum dicit exiguntur. et ideo *Julianus* scripsit 79) licet in praeiudicio possessor patronus esse videtur 80), verum 81) partibus actoris non libertum fungi debere: sed eum qui se patronum esse contendit 82).

Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet 83).

Interrogationis factae 84) probationem actori imponi debere 85), id est ei qui in iure interrogatum dixit respondisse, se solum heredem esse, vel si 86) tacuisse dicatur interrogatus, aeque tantundem erit dicendum, impositam iNprobationem 87)

79) *Cod. Erl.* scribit.

80) Haloand. licet patronus in praeiudicio possessor esse videatur.

81) Baudoza verum*tamen.*

82) Hal. contendat.

83) Hal. docere debet, dolum admissum esse.

84) *Cod. Erlang.* Interrogationis factae et completae.

85) *Cod. Erl.* debere imponi.

86) *Cod. Erl.* et si. Haloand. sed et si.

87) *Cod. Erl* imposita probatione. Eben so Haloand. und Baudoza und Miräus. Hingegen Roussard und Charondas wie Torelli. Gebauer hat impositam inprobationem. Die Pariser Ausgabe von 1576. apud *Sebast. Nivellium*, Hugo a Porta *Lugd.* 1572. f. und die Gothofredischen Ausgaben impositam improbationem. Noch andere Lesearten

non ei qui excepit se non respondisse, sed actori [88]).

Ueber den status eines Menschen kann auf zweyerley Art gestritten werden, durch Klage und Exception. Beydes, sowohl die Klage als Einrede, wird *praeiudicium* genennt [89]). Daher sagt Cujaz [90]) ganz richtig: *Praeiudicium* est omnis quaestio status, quod plerumque eam actionem sequatur alia, veluti de hereditate, de operis, de obsequiis, de alimentis. Insonderheit wird jedoch *praeiudicium* ein solcher Rechtsstreit über den status eines Menschen genannt, der aus Veranlassung einer vorgehenden Hauptklage durch Vorschützung einer Exception entstanden ist, und mit der Hauptsache in einer so engen Verbindung steht, daß die

führt Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe an. Die Leseart imposita probatione scheint zwar unter den mehreren den Vorzug zu verdienen, jedoch tragen andere Bedenken, die Florentine zu verlassen. *Pet.* PITHOEUS in Adversar. quae ad ius Rom. pert. woraus sich Excerpta von Fabrot in Tom. I. *Thes. Meerm.* pag. 353. finden, erklärt *in*probationem für *eam* probationem. So wie nämlich *em* für eum, so werde *in* für eam von den Alten gebraucht. *Jo. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. et Observat. var. ad Pand. Diss. XX. §. 2. in fin. verwandelt das a in *u*, und im in *iri*, und lieset *impositum iri probationem.* Dieser Emendation giebt auch *Jo.* WUNDERLICH in Additament. ad *Brissonium.* voc. Improbatio seinen Beyfall.

88) Die beyden §§ werden übrigens auch in dem Cod. Erl. durch die gewöhnlichen Zeichen unterschieden.

89) *L.* 37. *D. de obligat. et act. L.* 12. *L.* 13. *L.* 16. *L.* 18. *D. de exceptionib. praescript. et praeiudiciis.*

90) Paratitl. ad Tit. 3. Lib. XXV. Digestor.

Entscheidung derselben von der Erörterung der Exception abhängt. Von einem solchen praeiudium ist hier die Rede. Ulpian erklärt sich darüber an einem andern Orte näher. Er sagt *libro XXXVIII. ad Edictum*[91]). Quotiens de hoc contenditur, *an quis libertus sit*; sive operae petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in ius vocetur, qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat[92]), redditur *praeiudicium*. Sed et quo-

91) *L. ult. D. Si ingenuus esse dicetur.* (XL. 14.)

92) Die Leseart dieser Worte ist streitig. *Hug.* Donellus Comm. ad Tit. h. Pand. Cap. 2. pag 259. will sive *ulla causa* interveniat lesen. *Jo. van de* Water Observation. iur. Rom. Lib. II. cap. 9. lieset sive *alia causa* interveniat. Allein *Sigm. Reich.* Jauch Meditat. critic. de negationibus Pandect. Florentin. p. 59. verwirft beyde Emendationen, und erklärt nulla causa von denjenigen, *quae praecesserunt*. Also wenn z. B. derjenige, welcher sich für freygebohren hält, selbst als Kläger auftritt, und eine Präjudicialklage anstellt. Anders erklärt diese Stelle *Jac.* Raevardus de praeiudiciis Lib. II. cap. 4. *Oper.* Tom. II. pag. 755. sq. nämlich si vel, finito praeiudicio, nulla causa in iudicium deducatur, sed causa principalis evanescat et inutilis videatur, weil nämlich der in Anspruch genommene libertus für einen ingenuus war erklärt worden. Dieser Erfolg ändere die Natur der Präjudicialsache nicht. Er beruft sich auf *L.* 42. *pr. D. de nox. act. L.* 24. §. 2. *et* 3. *D. de lib. caus. L.* 6. *C. de ord. cognit.* Noch anders, aber mit noch wenigerem Beyfall, *Franc.* Duarenus Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 2. non cogitur patronus causam exprimere intentionis suae, puta, quia vel operas, vel

tiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Caji Seji se negat, idem praeiudicium datur. Redditur autem *alterutro desiderante. Sed actoris partibus semper, qui se patronum dicit, fungitur, probareque libertum suum necesse habet: aut, si non probet, vincitur.*

Der Unterschied, ob der Prozeß über den Status gleich Anfangs durch eine Klage erhoben ward, oder bey Gelegenheit einer andern Hauptklage durch eine Exception entstand, äußerte sich vorzüglich darin, daß in dem ersten Fall der Besitz entschied, wer die Rolle des Klägers, und also die Beweislast übernehmen mußte, in dem letztern Falle hingegen der Kläger in der Hauptsache, auch als Kläger in Ansehung des praeiudicium behandelt wurde, und, wenn er auch gleich im Besitz zu seyn schien, dennoch sich der Beweislast unterziehen mußte, sofern er in der Hauptsache gewinnen wollte. Darauf zielt auch Ulpian in unserm Text, wenn er sagt: licet in praeiudicio *possessor* patronus esse videtur, verum partibus actoris non libertum fungi debere; sed eum, *qui se patronum esse contendit.* Den Grund hiervon giebt Ulpian an einem andern Orte an, nämlich in einer Stelle [93]), welche auch aus demselben *libro XXXVIII. ad Edictum* genommen ist, und mit der obigen vielleicht unmittelbar zusammenhing [94]) Generaliter, sagt er da-

aliud huiusmodi quippiam a liberto sibi praestari debere contendat. Die richtigste Erklärung hat wohl JAUCH.

93) *L.* 12. *D. de except.* (XLIV. 1.)

94) S. LABITTI Usum Indicis Pandectar. Cap. 3. §. 4. (in *Abr.* WIELING *Jurisprud. restituta.* Tom. II. pag. 38.)

selbst, in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit. Diese Stelle, welche einigen[95]), gleich einem sibyllinischen Orakel, ganz unerklärbar zu seyn geschienen hat, geht sowohl ihrem Zusammenhange nach, als nach dem Orte, den sie jetzt in den Pandecten einnimmt, vorzüglich auf Präjudicial-Exceptionen[96]), ob sie gleich viele[97]) von Präjudicial-Klagen verstehen wollen, und daher den Tribonian tadeln, daß er sie von ihrem ursprünglichen Orte verdrängt, und unter einen ganz unrichtigen Titel gestellt habe. Da die exceptio praeiudicialis gerade diejenige Intention des Klägers bestreitet, welche bey der von ihm angestellten Klage, als wesentlicher Grund derselben, vorausgesetzt wird, so ist begreiflich, warum demjenigen, der sie vorschützt, nicht der Beweis aufgelegt werden könne. Man setze also, daß Jemand von demjenigen, welchen er für seinen Freygelassenen hielt, Dienste forderte; so war nun dieses freylich die Hauptklage. Es lag aber dabey noch eine andere Intention zum Grunde, welche der Kläger mit dieser Klage zugleich geltend zu machen suchte, nämlich die, daß er des Beklagten Patron sey. Hanc intentionem persequitur actor in praeiudicio, secundum id, quod intendit in iudicio

95) S. *Car. Andr.* Duker Opusc. var. de Latinitate ICtor. vet. pag. 331.

96) S. *Em.* Merillii Observation. Lib. VII. Cap. 29. und *Jac.* Raevardus de Praeiudiciis. Lib. II. cap. 3.

97) *Jac.* Cujacius Observat. Lib. V. cap. 27. *Jo. van de* Water Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 9. und *Jan. a* Costa Praelection. ad illustrior. quosd. Titulos locaq. sel. iur. civ. pag. 236.

principali. Setzte ihm nun der Beklagte die Einrede entgegen, er sey ein ingenus, und dem Kläger zu keiner Dienstleistung verbunden; so hatte diese exceptio praeiudicialis die Wirkung, daß die Hauptklage so lange ausgesetzt bleiben mußte, bis die exceptio untersucht, und darüber erkannt worden war. Dieß bringt auch schon die Natur einer solchen Exception mit sich [98]. Futuri enim iudicii, non facti nomine, sagt Julian [99], huiusmodi exceptiones comparatae sunt. Nach der Römischen Gerichtsordnung konnte nun der Beklagte den Prätor bitten, daß er der Instruction für den Judex seine Exception beyfüge, welche nun so lautete: *Si paret, Titium, Caii libertum, Caio patrono suo operas debere, condemna:* SI NON IN EA RE INGENUITATI PRAEIUDICIUM FIAT [100]. Dieß nennt Ulpian *praeiudicium redditur.* Es leuchtet nun in die Augen, warum der Kläger auch in der Präjudicialsache als Kläger zu behandeln war, und daher beweisen mußte, der Beklagter sey sein Freygelassener, oder welches eben so viel ist, Kläger sey des Beklagten Patron. Denn dieß war ja die Grundintention der Hauptklage. Mit Recht sagt daher Merille [1]: In praeiudiciis, id est, exceptionibus praeiudicialibus, is actoris partes sustinet, qui habet intentionem in *praeiudicio* secundum id, quod intendit *in iudicio principali.* Pa-

98) *L.* 18. *D. de except. Just. Henn.* BOEHMER Diss. de exceptione praeiudiciali. *Halae* 1739. §. 11. sqq.

99) *L.* 13. *D. de except.*

100) RAEVARD de praeiud. Lib. II. c. 1. et c. 4. BRISSON. de formulis Lib. V. cap. 54.

1) Observat. Lib VII. c. 29.

tronus petit operas a liberto, quod est *iudicium principale: praeiudicium* est de ingenuitate, seu libertinitate: patronus igitur in *praeiudicio*, seu exceptione principali, actoris partes sustinere debet, quia habet intentionem *in iudicio principali*, ut tanquam patronus operas petat a liberto: et ita in *praeiudicio* intentionem probare debet, scilicet se patronum esse. Eine andere Ansicht hat Franz Duaren. Er setzt den Grund, warum der Patron, wenn er Dienste von seinem libertus forderte, jederzeit den Beweis übernehmen mußte, ob er sich auch gleich im Besitz befinden sollte, darin, weil er anders keine Dienste fordern konnte, als wenn sie ihm bey der Manumission versprochen worden waren [3]). Es sey also in einem solchen Rechtsstreit nicht blos darauf angekommen, ob der Beklagte des Klägers Freygelassener sey. Denn dieß konnte er seyn, ohne deshalb seinem Patron Dienste leisten zu müssen, wenn nämlich keine waren versprochen worden, gesetzt auch, daß der Beklagte solche Dienste freywillig geleistet hätte. Darum habe der Patron beweisen müssen, daß er sie zu fordern befugt sey. Die Basiliken [4]) geben über unser Fragment keinen Aufschluß. Es heißt blos: Ὁ ἀπαιτῶν ὑπηρεσίας τινὰ ὡς ἀπελεύθερον, αὐτὸς δείκνυσιν. Qui operas quasi a liberto petit, id probare debet.

2) Commentar. in h. Tit. Cap. 3. in fin. §. Et inprimis Oper. pag. 940.

3) L. 31. *D. de operis libertor.* Modestinus *Lib. I. Regularum.* Operis non impositis manumissus, etiam si ex sua voluntate aliquo tempore praestiterit, compelli ad praestandas, quas non promisit, non potest.

4) Tom. III. pag. 3. Const. 18.

Der folgende Satz, wer den Andern eines Dolus beschuldiget, wenn es auch gleich in der Einrede geschieht, muß das Daseyn desselben beweisen, ist schon oben ad *L.* 6. vorgekommen. Der Grund hiervon ist, weil nicht vermuthet wird, daß Jemand betrüglich gehandelt habe. Daher kann jeder, dem ein Betrug vorgeworfen wird, hierüber den Beweis verlangen. Denn es würde ungerecht, ja vernunftwidrig seyn, ohne diesen Beweis einen solchen Vorwurf schon als gegründet anzunehmen [5]). Eine Menge von Gesetzen [6]) haben auch die Anwendung jenes Satzes in einzelnen Fällen bestätigt. Es ist daher immer eine Ausnahme von der Regel, wenn die Gesetze [7]) zuweilen den Dolus bey Unterlassung einer Pflicht vermuthen, welche durchaus keine Ausdehnung erlaubt. Es läßt sich vielmehr von jedem bösen Vorsatz, wenn er auch nicht gerade in einem Betruge besteht, als allgemeine Wahrheit annehmen, daß er bewiesen werden müße, weil die rechtswidrige Handlung für sich allein einen Vermuthungsgrund für den Dolus nicht enthält, wie in dem neuen Archiv des Criminalrechts [8]) höchst einleuchtend gezeigt

5) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civ. Proc. V. 9. S. 131.

6) *L.* 51. *D. pro socio.* *L.* 4. *L.* 10. *Cod. de rescind. vendit.* *L.* 2. *D. de suspect. tutor.* u. a. m.

7) *L.* 7. *pr. D. de administr. et peric. tutor.* *L.* 13. *Cod. Arbitrium tut.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 293. Not. 98.

8) Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem Röm. Rechte von Wening; und über den Beweis

worden ist. Es giebt zwar allerdings Handlungen, welche so geartet sind, daß sie, wenn nämlich deren Daseyn erwiesen ist, nach speciellen Verordnungen [9]) für sich eine Anzeige des Dolus geben, welche für diesen oder jenen Fall zum Beweise einer bösen Absicht hinreicht; allein von einer Vermuthung des Dolus ist gleichwohl in allen diesen Fällen die Rede nicht.

Ulpian scheint übrigens ein Gewicht auf die Worte zu legen, *licet in exceptione*, und da diese Stelle aus seinen *libris Disputationum* genommen ist, worin die Römischen Rechtsgelehrten öffentlich ventilirte streitige Rechtsfragen zu sammlen pflegten [10]), so könnte es wohl ehemals streitig gewesen seyn, ob auch der Beklagte die exceptio doli zu erweisen habe, wenn sie z. B. einer Klage aus dem Contract entgegengesetzt wird. Denn in allen vorherigen Gesetzen wird die Beweislast immer mit der Rolle des Klägers verbunden. Den Zweifel löst aber Ulpian selbst, wenn er in der folgenden auch aus seinen libris Disputationum genommenen *L.* 19. *h. t.*

des bösen Vorsatzes von Borst; desgleichen ein Criminalfall zur Erläuterung der Lehre vom Beweise der bösen Absicht, von Ebendemselben, im neuen Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Kleinschrod, Konopak und Mittermaier 2. Band Nr. IX. Nr. XXI. u. Nr. XXXV. 3. S. 639 ff. Man kann damit noch Nr. XXVIII. Ueber den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes von Mittermaier, verbinden.

9) *L.* 2. §. 3. 4. *et* 6. *L.* 4. §. 4. *D. de doli mali et met. except. L.* 1. §. *ult. D. Depositi. L.* 36. *D. de Verbor. obligat.*

10) S. Neuber jurist. Classiker. S. 33.

sagt: der Beklagte werde in Rücksicht der vorgeschützten Einreden wegen der zu übernehmenden Beweisführung als Kläger behandelt. Daher muß auch der Beklagte eben so, wie der Kläger bey der actio doli, den Dolus beweisen. In dieser Hinsicht lehrt Ulpian *libro LXXVI. ad Edictum*[11]) Docere igitur debet is, qui obiicit exceptionem, *dolo malo actoris factum*, nec sufficit ei, ostendere *in re* esse dolum.

Der letzte Abschnitt dieses Fragments enthält wieder einen Fall, wo der Kläger den Beweis übernehmen muß, nämlich wenn er mit der actio interrogatoria die rechtlichen Folgen einer interrogatio in iure facta für sich geltend zu machen sucht, und der Beklagte läugnet, daß er so geantwortet, oder geschwiegen habe, wie der Kläger behauptet. Es ist übrigens diese Stelle schon an einem andern Orte[12]) erläutert worden.

L. 19. Idem *libro septimo Disputationum.*

In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque[14]) exceptionem velut intentionem implere. utputa si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.

11) *L. 2. §. 1. D. de doli mali et metus except.*

12) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. S. 265.

13) Hal. oportet.

14) Hal. et ipsumque.

§. 1. Cum quis promisisset [15]) iudicio se sisti [16]), et reipublicae causa afuisse dicat [17]), et ob id non stetisse [18]): vel dolo malo adversarii factum, quominus sisteretur: vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem: probare eum id oportet [19])

§. 2. Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuiset adversario dare, vel fieri procuratorem: probare id oportet [20]) oblicientem exceptionem

§. 3. Idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur [21]).

§. 4. Hoc amplius, si iudicatae rei, vel iurisiurandi condicio delata dicatur de eo, quod

15) Hal. u. Miräus promisit.

16) *Cod. Erl.* se iudicio sisti.

17) Hal. dicatur. Baud. abfuisse *se* dicat. *Jo. Conr.* Rücker Observation. Cap. IV. §. 2 pag. 128. bemerkt, daß das se auch in der florentinischen Handschrift befindlich sey, es sey nur versteckt in der letzten Sylbe des vorhergehenden Worts *afuisse* enthalten, welche durch Gemination zu lesen, und also so zu schreiben sey afuisSE.

18) Lud. Miräus bemerkt in seiner Ausgabe, daß die Florent. Handschrift *stetit* lese.

19) Hal. u. Miräus probare *id* eum oportet.

20) *Cod. Erl.* oportere.

21) *Cod. Erl.* quae *soluta* vel *compensata* dicatur.

nunc [22]) petitur: sive in alea gestum esse contendatur: eum implere probationes oportet [23]).

Das Gesetz macht hier dem Beklagten den Beweis seiner Einreden zur Pflicht, und zwar aus dem Grunde, weil er in Ansehung der vorgeschützten Exceptionen eben so, wie ein Kläger, zu behandeln sey, welcher den Beweis seines factischen Klagegrundes übernehmen muß. In dieser Beziehung lehrt unser **Ulpian** an einem andern Orte, nämlich *libro IV. ad Edictum* [24]): *Agere* etiam is videtur, qui exceptione utitur: *nam reus in exceptione actor est.* Wenn **Ulpian** in unserm Fragment: ipsumque exceptionem, velut *intentionem*, implere, sagt; so bedeutet hier das Wort *intentio* soviel als actio [25]), und *implere* soviel als probare [26]). Die Einrede ist ja auch sogut, als die Klage,

22) **Hal.** tunc.

23) Die §§. Abtheilungen dieses Fragments sind auch in dem Cod. Erl. durch das in dieser Handschrift gewöhnliche Zeichen, abwechselnd roth und blau, unterschieden.

24) *L. 1. D. de probat.* S. **Weber's** Beyträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden. 1. St. S. 3. der 2. verb. Ausgabe.

25) Diese Bedeutung des Wortes *intentio* ist nicht ungewöhnlich. S. *L. 6. D. de praescr. verb. L. 6. §. 3. D. Si servit. vind. L. 1. §. 2. D. de pignor.* und allem Ansehen nach ist auch in der *L. un. §. ult. D. de remiss.* statt detentionem servitutis, richtiger intentionem zu lesen, id est, vindicationem servitutis, wie auch *Jo. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. dafürhält.

26) S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. implere, und VICAT Vocabular. iur. h. v.

eine Art der Rechtsverfolgung, und unterscheidet sich von der letztern blos darin, daß sie die Abweisung des Klägers, es sey ganz oder zum Theil, zum Zweck hat, und auch, als solche, nichts mehr, als diese, bewirken kann, dahingegen die Klage auf eine Verurtheilung des Beklagten gerichtet ist [27]). Die Basiliken [28]) haben unser Gesetz auf folgende Art in ihre Sprache übertragen: Ὁ ἐναγόμενος εν ταῖς παραγραφαῖς ἐνάγων ἐστὶ, καὶ ὑπόκειται ταῖς ἀποδέιξεσιν. Der Brachylogus [29]) hingegen lehrt: Non solum autem, qui ab initio agit, probare debet: sed etiam reus, *si excipiat*, probare debet. *Reus enim in exceptione actor est.*

Ulpian hat nun die aufgestellte Regel durch eine Menge von Beyspielen erläutert. Er gedenkt zuerst der exceptio pacti conventi. Dieser bedient sich der Beklagte, wenn er behauptet, der Kläger habe ihm versprochen, daß er die Schuld nicht fordern, oder ihm eine gewisse Verbindlichkeit erlassen, oder eine gewisse Sache, z. B. eine Erbschaft, oder Grundstück, oder Nießbrauch nicht verlangen wolle, weshalb er ihn gleichwohl belangt habe [30]). Diese Exception ist von zweyerley Art, entweder *pacti conventi perpetui*, wenn vermöge des Vertrags die Schuld gar nicht gefordert werden soll, oder

27) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 271. S. 593.

28) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 19. pag. 4. Eben so Harmenopulus in Promptuar. iur. Lib. I. Tit. 2. §. 9.

29) Lib. IV. cap. 14. §. 3.

30) *L.* 17. §. 2. *sqq.* *L.* 18. *L.* 19. *L.* 21. §. 1. 2. *et* 5. *L.* 27. §. 2. *et* 3. §. 7. *et* 8. *D. de pactis.* *L.* 72. *pr. D. de contrah. emt.*

pacti conventi temporalis, wenn vermöge des Vertrags die Schuld nur binnen einer gewissen Zeit, z. B. binnen fünf Jahren, nicht gefordert werden soll [31]). Schützt nun der Beklagte diese Exception vor, und der Kläger läugnet, daß ein solcher Vertrag geschlossen worden sey, so muß der Beklagte seine Einrede beweisen. Denn der Beklagte bringt hier ein factum vor, wodurch er den Anspruch des Klägers entweder auf immer, oder auf eine Zeitlang von sich zu entfernen sucht, und zwar ein solches factum, was rechtlich nicht vermuthet wird. Räumt der Kläger den Vertrag ein, er setzt ihm aber die Replic des Betrugs entgegen [32]); so muß nach der vorhergehenden Gesetzstelle der Kläger den Beweis übernehmen [33]).

31) *L*. 3. *D*. *de exceptionib*. Gaius *Lib*. *I*. *ad Edictum provinciale*. Exceptiones aut *perpetuae* et *peremtoriae* sunt, aut *temporales* et *dilatoriae*. *Perpetuae* atque *peremtoriae* sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt: qualis est doli mali, — item *pacti conventi perpetui*, id est, ne omnino pecunia petatur. *Temporales* atque *dilatoriae* sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt: qualis est *pacti conventi temporalis*, id est, ne forte intra quinquennium ageretur. S. Brissonius de Verb. iur. Significat. voc. *Exceptio* et voc. *Pactum*.

32) *L*. 7. §. 11. *D*. *de pactis*. wo *nocebit exceptio* soviel als nocebit replicatio ist. S. *Basilica* Tom. I. pag. 722. *Jo*. *Bern*. Koehler Interpretation. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. 5. §. 4 pag. 37. und *Ant*. Schulting Not. ad Dig. edit. et animadversion. auct. a *Nic*. Smallenburg. Lugd. Bat. 1804 Tom. I. pag. 336.

33) *L*. 18. §. 1. *D*. *h*. *t*.

Ulpian kommt hiernächst auf die Einreden, welche der Beklagte dem Kläger entgegensetzen konnte, wenn er, seiner geleisteten Caution gemäß, nicht vor Gericht erschienen war, und nun der Kläger mit der actio ex stipulatu gegen ihn auf die versprochene Geldstrafe, oder auf das Interesse klagte [34]). Hier konnte er dem Kläger entgegensetzen, er sey in öffentlichen Geschäften abwesend gewesen, und darum habe er nicht erscheinen können [35]); oder er sey durch Arglist seines Gegners abgehalten worden, in welchem Fall sich der Beklagte mit der exceptio doli schützen konnte [36]), oder er sey durch Krankheit, oder durch Sturm und Ungewitter verhindert worden. Ulpian hat sich an einen andern Orte, nämlich *libro LXXIV. ad Edictum* [37]) über diese Exceptionen noch ausführlicher erklärt. Si quis, sagt er daselbst, municipalis muneris causa, sine suo dolo malo impeditus, in iudicio secundum suam promissionem non stetit, aequissimum est, tribui ei *exceptionem.* Simili modo et si ad testimonium desideratus, ad iudicium occurrere non potuit: erit ei subveniendum. Si quis iudicio se sisti promiserit: et *valetudine*, vel *tempestate*, vel *vi fluminis* prohibitus se sistere non possit: *exceptione* adiuvatur, nec immerito: cum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum

34) S. den 3ten Th. dieses Commentars §. 252.

35) *L.* 6. *D. Si quis cautionib.*

36) *L.* 1. §. 3. *D. De eo, per quem factum erit.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 251.

37) *L.* 2. §. 1. 2. 3. *et* 6. *D. Si quis cautionib. in iud. sistendi causa fact. non obtemper.*

potuit se sistere, qui adversa valetudine impeditus est? et ideo etiam Lex duodecim Tabularum, *si iudex, vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur*, iubet *diem iudicii esse diffisum* [38]. — Quod diximus, succurri etiam ei, qui tempestate, aut vi fluminis prohibitus non venit, *tempestatem* sic intelligere debemus, sive maritima sive terrestris sit: *tempestatem* intelligere debemus talem, *quae impedimento sit itineri, vel navigationi.* Da alle diese Exceptionen factische Umstände zum Grunde haben, so muß freylich der Beklagte den Beweis derselben übernehmen; doch kann zuweilen auch der Beweis dem Kläger selbst zur Last fallen. Ulpian [39]) giebt nämlich hierbey noch Folgendes zu bedenken, welches dem Kläger zu einer Replic dienen kann. Si quis tamen, cum posset non incidere in tempestatem, vel in fluminis vim, si ante profectus esset, vel tempore opportuno navigasset, ipse se artaverit: num quid exceptio ei minime prosit [40])? quod quidem causa cognita erit statuendum: nam neque sic artandus sit, ut possit ei dici, cur non multo ante profectus est [41]), quam dies promissionis veniret? ne-

38) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 260. S. 526. der 2. Ausgabe.

39) *L.* 2. §. 8. *D. Si quis cautionib.*

40) Statt *ei minime* will *Guil.* Pauw Observation. iuris civ. Rom. (*Hagae Comit.* 1743. 8.) eo nomine lesen. Allein man hat nicht nöthig, hier etwas zu ändern, da Ulpian auch an andern Orten eben so spricht. S. *L.* 37. *D. de rei vindicat.*

41) Unser Cod. Erl. und die meisten Ausgaben, die ich verglichen habe, lesen *es* statt est. So Gregor Ha-

que iterum permittendum ei, si quid sit, quod ei imputetur, causari tempestatem, vel vim fluminis. Quid enim si quis, cum Romae esset ipso tempore promissionis sistendi, nulla necessitate urgente, voluptatis causa in municipium profectus sit? nonne indignus est, cui haec exceptio patrocinetur? Aut quid, si tempestas quidem in mari fuit, terra autem iste potuit venire, vel flumen circumire? aeque dicendum non semper ei exceptionen prodesse: nisi angustiae non patiebantur terra iter metiri, vel circumire. Cum tamen vel flumen sic abundasset, ut implesset omnem locum, in quo sisti oportuit: vel aliqua fortuita calamitas eundem locum evertit: vel praesentiam venienti periculosam fecit: ex bono et aequo et hic exceptio ei accommodanda est. Sucht also der Kläger durch einen oder den andern der hier angeführten Umstände die Einrede des Beklagten zu vernichten, so muß er um so mehr den Beweis übernehmen, da auch die Replic, wie Ulpian[42]) sagt, nichts anders, als eine Exception ist, wodurch der Kläger die Einrede des Beklagten auszuschließen sucht.

Ulpian gedenkt ferner der procuratoria exceptio, deren sich eine Parthey bedient, wenn sie behauptet, ihr Gegner habe keinen Procurator bestellen, oder nicht zum Procurator bestellt werden können. Da jeder zum Pro-

loander, Lud. Miräus. Paris 1552. Claud. Chevallonius, Paris 1527. 8. Wilh. Merlinus, Paris 1559. f. Sebast. Nivellius, Paris 1576. f. und Baudoza Cestius, Lion 1593. 4.

42) *L. 2. §. 1. D. de except.*

curator bestellt werden kann, den die Gesetze nicht ausschließen, so muß immer die Parthey, welche ihrem Gegner die exceptio procuratoria entgegensetzt, beweisen, daß er zu diesen Personen gehöre, welche die Gesetze ausschließen. Es findet hier wieder Anwendung, was schon ad *L. 5. pr. D. h. t.* gesagt worden ist. Der griechische Scholiast [43]) erklärt diese Stelle auf folgende Art: Ὁ προκουρατωρείαν παραγραφὴν ἀντιτιθεὶς, βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. οἷον ὡς ὅτουν τις ἔλεγεν μὴ ὀρθῶς διδόσθαι τὸν πρωκουράτωρα, ἢ ὅτι πούπιλλος ἦν ὁ δεδωκὼς, ἢ μαινόμενος, ἢ στρατιώτης ἦν ὁ δοδείς. i. e. *Ei, qui procuratoria exceptione utitur, incumbit onus probandi: utputa, si quis dicat, non recte datum procuratorem, vel quod pupillus esset, qui dedit, vel furiosus, vel quod miles sit, qui datus est.*

Setzt ferner der Beklagte der wider ihn angestellten Schuldklage die Einrede der Compensation entgegen, dies ist hier pecunia, quae *pensata* dicitur; denn *pensare* für compensare ist nicht ungewöhnlich [44]); so muß er gleichfalls diese Einrede beweisen [45]). In den Basiliken [46]) heißt es: ὁ λέγων καταβεβληκέναι, qui *pecuniam solutam* dicit. Der Scholiast [47]) hingegen

43) S. Scholia Basilικῶν ad Tit. 1. libri XXII. Tom. III. pag. 38.

44) *L.* 33. *et* 39. *D. Soluto matrimon.* S. Brissonius h. v.

45) Eben so, wie die Einrede der Zahlung. *L.* 1. *C. h. t.* Die Glosse erklärt auch das *pensata* für soluta. *Claud.* Chevallonius lieset compensata.

46) Lib. XXII. Tit. 1. Const. 19. §. 2. Tom. III. p. 4.

47) Scholia Basilικῶν Tom. III. pag. 38.

sagt: *τὸ αυτό ἐστίν ὅτε ὁ ῥέος κομπενσατευθῆναι λέγει τὰ ἀπαιτούμενα χρήματα. Idem est, et si reus pecuniam, quae petitur, pensatam dicat.*

Der exceptio rei iudicatae bedient sich der Beklagte, wie Ulpian [48]) sagt: quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur, quamvis non eadem, sed alia actione, de eadem tamen re agatur.

Wenn Ulpian in unserm Fragment weiter sagt: *vel iurisiurandi conditio delata dicatur de eo, quod nunc petitur*, so versteht er hierunter die exceptio iurisiurandi, welche der Prätor dem Beklagten giebt, wenn er auf den Antrag des Klägers (conditione delata) aussergerichtlich geschworen hat, daß er ihm nichts schuldig sey, und er dennoch als Schuldner belangt wird. Der Prätor sagt nämlich in seinem Edict [49]): *Si is, cum quo agetur, conditione delata iuraverit, aut ei remissum fuerit iusiurandum, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Von dieser *exceptio iurisiurandi* ist schon an einem andern Orte [50]) gehandelt worden.

Die letzten Worte: *sive in alea gestum esse contendatur*, erklären die Griechen von dem Falle, wenn

48) *L.* 3. *et* 5. *D. de except. rei iudicatae.*

49) *L.* 3. *L.* 5. §. 4. *L.* 6. *et L.* 7. *D. de iureiur.* S. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. Lib. XII. Tit. 2. §. Missa haec facio. Tom. II. *Opp.* pag. 279.

50) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 798 b. S. 244.

der Beklagte behauptet, das Geld, auf dessen Bezahlung geklagt wird, sey ihm vom Kläger zum Spiel vorgeliehen worden. In den Basiliken[51]) heißt es: ἢ εἰς κύβους δανεῖσαι τὸν ἐνάγοντα, i. e. pecuniam in aleam creditam esse ab actore. Es kann indessen auch der Fall darunter verstanden werden, von welchem Paulus *libro* 71. *ad Edictum*[52]) redet, nämlich, wenn der Verkäufer wegen der Entwährung belangt wird, und er schützt vor, er habe die Sache dem Käufer beym Spiele verkauft, um Geld zum Spiel zu erhalten.

L. 20. JULIANUS *Libro quadragesimo tertio*[53]) *Digestorum.*

Si quis liberum hominem vi rapuerit, in[54]) vinculis habuerit: is indignissime commodum possessoris consequeretur[55]). quia probari non poterit, hominem eo tempore, quo primum[56]) lis ordinaretur, in libertate fuisse.

51) Tom. III. pag. 4. und *Scholia* pag. 38.

52) *L.* 2. §. 1. *D. Quar. rer. actio non dat.* S. den 11. Th. dieses Commentars §. 758. S. 334.

53) Haloander lib. LXIII.

54) Cod. Erl. *et* in vinculis. So auch Chevallon, Merlin und Baudoza. *Inve* vinculis Haloander und Miräus.

55) Cod. Erl. *consequetur.* Eben so Haloander, Chevallon, Merlin und Baudoza.

56) *Primum* steht nicht im Cod. Erl.

Dieses Fragment bezieht sich wieder auf die causa liberalis, wie mehrere der schon oben erklärten, und erhält auch daraus seine Erläuterung. Es gehört nämlich bey den Präjudicial-Klagen, wodurch über den status eines Menschen, ob er frey, oder Sklave, freygebohren oder freygelassen sey, hauptsächlich und unmittelbar gestritten wird, wie schon oben bemerkt worden ist, zur ordinatio oder praeparatio litis, vor allen Dingen den Besitzstand auszumitteln, wenn es zweifelhaft war, wer von beyden Theilen die Rolle des Klägers oder des Beklagten zu übernehmen habe, weil davon der Beweis in der Hauptsache abhieng. Der Besitzer genoß den Vortheil des Besitzes, und konnte den Beweis von seinem Gegner erwarten. Allein der Besitz durfte auch nicht durch Gewalt oder Arglist erworben worden seyn [57]). War nun durch Regulirung des Besitzstandes lis präparirt, so konnte derjenige, über dessen Freyheitsstand ein Streit entstanden war, jetzt wie ein freier Mensch gegen denjenigen sein Recht verfolgen, welcher sich für seinen Herrn ausgab, und auf solche Art Klagen sichern, welche sonst durch den Tod oder Zeitablauf erloschen seyn würden [58]). Sprach hingegen der Richter, derjenige, welcher sich für einen freien Menschen hielt, sey zur Zeit des erhobenen Prozeßes nicht im Besitz der Freyheit gewesen, oder er habe sich auf eine widerrechtliche Art in den Besitz der Freyheit gesetzt, so mußte er in der Hauptsache den Beweis übernehmen, daß er wirklich ein freier Mensch sey [59]). Julian spricht nun von einem solchen Falle,

57) *L.* 10. *D. de liberali causa.*

58) *L.* 24. *pr. D. eodem.*

59) *L.* 7. §. 5. *D. eodem. L.* 15. *C. h. t.*

wo derjenige, welcher den Freyheitsstand eines Menschen in Streit zog, denselben mit Gewalt weggekapert, und in Ketten gelegt hatte, um nicht die Rolle des Klägers und die Beweislast übernehmen zu dürfen. Käme es blos auf den gegenwärtigen Besitzstand an; so müßte dem letztern, der auf die Freyheit provocirte, der Beweis dieses Status aufgelegt werden, weil er sich zur Zeit des Prozeßes nicht im Besitz desselben befand. Allein mit Recht sagt Julian, sey derjenige des Vortheils, welchen sonst der Besitz gewährt, höchst unwürdig, welcher denselben auf eine so widerrechtliche Art erworben hat. Der Räuber mag also beweisen, daß er Herr und jener sein Sklave sey [60]). Sehr richtig bemerkt hier Cujaz [61]), die letzteren Worte unsers Fragments: *quia probari non poterit, hominem eo tempore, quo primum lis ordinaretur, in libertate fuisse*, seyen ein bloßer Zweifels- und kein Entscheidungsgrund, und müßten daher mit den vorhergehenden Worten: *is indignissime commodum possessoris consequeretur*, in unzertrennter Verbindung gelesen werden. Der Sinn geht also dahin, es wäre unbillig, den Räuben mit dem Beweise, daß der Geraubte sein Sklave sey, darum zu verschonen, weil dieser nun nicht werde beweisen können, daß er zur Zeit des erhobenen Prozesses in der Freyheit gewesen sey. Diese Erklärung bestätigt auch Cyrillus in den Scholien der Basiliken [62]),

60) S. Duarenus Comm. ad h. Tit. Cap. 4. *Operum* pag. 940.

61) Commentar. in Lib. XLIII. Digestor. Salvii Iuliani ad h. L. *Operum* posthumor. a Fabroto editor. Tom. III. pag. 323.

62) *Basilica* Tom. III. pag 38.

welcher unser Fragment auf folgende Art paraphrasirt. Ἐάν τις ἐλεύθερον ἄνθρωπον ἁρπάσῃ βίᾳ, ἢ καὶ ἀποδεσμῆται ἀυτὸν διαβεβαιούμενος καὶ θέλων γενέσθαι νομεὺς, ἵνα μὴ βαρῆται ταῖς ἀποδείξεσιν, ἐπειδὴ βίᾳ τοῦτο ἐποιησεν, ἄξιος οὐκ ἔστι τοῦ χρισίμου τοῦ νομέως, λέγω δὴ τοῦ μὴ βαρεῖσθαι ταῖς αποδείξεσι, καὶ εἰκότως ὑπόκειται τῷ βάρει τῶν ἀποδείξεων. i. e. *Si quis liberum hominem vi rapuerit, inve vinculis eum habuerit, adserens volensque possessionem consequi, ne imponatur ei probatio: quia vim fecit, indignus est commodo possessoris, qui probationem non praestat, et merito subiicitur oneri probationum.*

L. 21. MARCIANUS *Libro sexto Institutionum* [63]).

Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem

63) Unter den größeren Werken des Marcian nehmen gewiß desselben Institutionen, welche aus 16. Büchern bestanden, den ersten Platz ein. Sie dienten auch den Verfassern der Institutionen des Kaisers Justinian, neben den Institutionen des Cajus, zur Hauptquelle, aus welchen vieles entlehnt worden ist, wie *Ger.* OELRICHS in Diss. de vita, studiis, honoribus, et scriptis Aelii Marciani. *Traj ad Rhen* 1754. aus einer Vergleichung derselben mit Justinians Institutionen Sect. II. Cap. 1. §. 2. erwiesen hat. Selbst diese ganze Pandectenstelle ist wörtlich in dem §. 4 *I. de legatis* enthalten. Marcian fing dieses Werk wahrscheinlich noch beym Leben des Kaisers Severus an,

vel obligatam legare defunctum[64]) non heredem probare oportere, ignorasse alienam[65]) vel obligatam. quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit[66]).

jedoch nachdem derselbe den Antonin schon zum Mitregenten angenommen hatte, er endigte es aber erst nach ihrem Tode unter dem Kaiser Alexander Severus. Denn in den ersten Büchern seiner Institutionen nennt er die Kaiser Severus und Antonin schlechthin ohne den Beysatz Divi, den er aber in den letzteren Büchern immer beyfügt. S. Oelrichs c. l. Die Fragmente, welche aus den 9. erstern Büchern der Institutionen des Marcian in den Pandecten noch übrig sind, hat Oelrichs cit. Diss. pag. 89—99. gesammlet, und in ihrer vormaligen Ordnung zusammengestellt; alle 16. Bücher aber hat Heineccius in Opuscul. posthum. pag. 588—599. restituirt.

64) Haloand. Miräus, Merlin und Baudoza lesen scisse *defunctum* alienam *se* rem vel obligatam legare. Claud. Chevallon, Hugo a Porta und Sebast. Nivellius aber: scisse defunctum alienam rem vel obligatam legare Allein der §. 4. *I. de legat.* bestärkt die florentinische Leseart in den Pandecten.

65) Miräus, Merlin und Baudoza ignorasse alienam *rem.* Allein das Wort *rem* steht auch in der Stelle der Institutionen nicht.

66) *Nic.* Catharinus Observation. et Conjecturar. Lib. II. cap 3. in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag 778. hält die Worte: *qui agit* für corrupt, und will dafür, zu Folge der *L.* 2. *D de probat* qui *ait* lesen. Allein für die Richtigkeit der florentinischen Leseart bürgt nicht nur §. 4. *I. de legat.* sondern auch die Paraphrase

Marcian, welcher im sechsten Buche seiner Institutionen von Vermächtnissen handelte[67]), entscheidet hier die Frage, wem beym Vermächtniß einer fremden Sache der Beweis obliege, dem Legatar, der es fordert, oder dem Erben, der ihm die Sache verschaffen soll? Es ist hier vor allen Dingen zu bemerken, daß unter einer *res aliena* im eigentlichen Sinne eine solche Sache verstanden wird, woran der Erblasser gar keinen Theil noch Recht hat, und welche daher auf keine Weise als ein Theil des Nachlasses des Testators zu betrachten ist, sondern einem Dritten gehört, der weder der Erbe noch der Legatar ist[68]). Denn die aliena res wird in dem §. 4. *I. de legatis*, welche aus Marcian genommen ist, von der res heredis genau unterschieden. Es kommt auch bey der Sache des Erben, wenn sie der Testirer einem Dritten vermacht hat, gar nicht darauf an, ob der Testator gewußt hat, daß die Sache dem Erben gehöre, oder sie für die seinige gehalten hat, sondern das Legat

des Theophilus, in welcher es heißt: ὁ γὰρ ληγατάριος ἄκτωρ ὢν εἰκότως βαρύνεται τῇ ἀποδείξει. i. e. *Legatarius enim, cum actor sit, probatione merito oneratur.* Die *Basilica* Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 21. pag. 4. bestätigen ebenfalls die florentinische Leseart, da heißt es: ἀεὶ γὰρ ὁ ἐνάγων βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. i. e. *quia semper actori onus probandi incumbit.*

67) S. Oelrichs cit. Diss. pag. 92. und Heineccius Opuscul. postum. pag. 592.

68) S. *Dan.* Nettelbladt Diss. de legato rei alienae, quae est res tertii. *Halae* 1788.

ist ohne Unterschied gültig[69]). Denn da der Erbe mit dem Erblasser im rechtlichen Sinn für eine Person gehalten wird[70]), so sind desselben Sachen der Disposition des Erblassers eben so unterworfen, als ob sie seine eigne Sachen wären[71]). Justinian giebt dieses selbst nicht undeutlich zu erkennen, wenn er §. 4. *I. de legatis* sagt: Non solum autem *testatoris vel heredis res*, sed etiam *aliena* legari potest. Aus gleichen Grundsätzen ist das Legat zu beurtheilen, wodurch der Testirer die eigene Sache des Legatars einem Dritten vermacht, wenn er den Legatar dadurch nur nicht mehr beschwerte, als er ihn honorirt hat[72]). Denn da die Sache schon sein Eigenthum ist, so braucht er sie ja nicht erst anzuschaffen, um sie demjenigen auszuhändigen, dem sie vermacht worden ist, wie dieser Grund insonderheit bey der legirten Sache des Erben angeführt wird.

69) *L.* 67 §. 8. *D de legat II.* *L* 25 *Cod. de fideicommiss.* *Franc* BALDUINUS in Commentar. ad Institut. Lib. II Tit 20 § 4. p 325 (*Paris* 1554. f.)

70) *L.* 22. *D. de usurpat. et usucap.* *Nov XLVIII. in Praefat.* ALTESERRA Tr. de fictionibus iuris. cura *Eisenhart*. *Halae* 1769. 8 Cap 20 p. 57.

71) *Ferd Christoph* HARPPRECHT Diss. Suprema voluntas de bonis heredis (in *Eius* Dissertation. academ. Vol. I. Nr. 38.) *Aug a* LEYSER Meditat ad Pand. Vol. VI Specim. CCCLXXX de re heredis legata. und Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen u. Fideicommissen. §. 275.

72) §. 1. *I. de sing. rebus per fideicomm relict.* *Car. Aug.* GOTTSCHALK Diss. de legato rei alienae. *Dresdae* 1800. 4.

Wird nun eine fremde Sache legirt, die einem Dritten gehört, welcher nichts aus dem Testamente erhält; so ist der Erbe verpflichtet, dieselbe zu kaufen, und sie dem Legatar zu überliefern, wenn auch die Anschaffung derselben mit Schwierigkeiten verbunden seyn sollte [73]). Will sie der Eigenthümer nicht verkaufen, denn Niemand kann ihn dazu zwingen [74]), oder fordert er einen so unmäßigen Preis, daß man sie ihm dafür nicht abkaufen kann; so muß der Richter die Sache schätzen lassen, und der Erbe entledigt sich seiner Verbindlichkeit durch Bezahlung des Preises [75]). Nach dem ältern Recht

73) *L.* 39. §. 7. *D. de legat. I.* §. 4 *I. de legat.*

74) *L.* 11. *L.* 13. *L.* 14. *Cod. de contrah. emt.* Daher sagt auch THEOPHILUS in Paraphr. graec. ad §. 4. I. de legat. ex edit. *Reitzii* T. I. pag. 439. *ὀυχ ὥστε τὸν δεσπότην τῶν ἰδιῶν πραγμάτων στερεῖσθαι. αναγκάζεται γὰρ ὁ κληρονόμος προσιέναι τῷ δεσπότῃ, καὶ διαλέγεσθαι περὶ ἀγορασίας. καὶ ἐι μὲν ἕλοιτο ὁ δεσπότης πωλῆσαι, ἀγοράσας ὁ κληρονόμος δίδωσι τοῦτο τῷ ληγαταρίῳ· ἐι δὲ μὴ δυνηθῇ, τοῦ δεσπότου μὴ βουληθέντος, τὴν τοῦ πράγματος διατίμησιν παρέξει τῷ λεγαταρίῳ.* i. e. *non ut dominus suis rebus privetur; nam heres dominum adire cogitur, et de emtione cum eo loqui: et si quidem dominus vendere malit, heres illam emens dat legatario: si vero emere non possit, domino nolente, rei aestimationem legatario praestabit.* Hierauf geht auch nur das *Cap.* 5. *X. de testam.* S. PÜTTMANNI Miscellan. ad ius pertinent. Specim. II. Obs. 6. NETTELBLADT cit. Diss. §. 30. et 31. und GOTTSCHALK cit. Diss. §. 7.

75) *L.* 71. §. 3. *D. de legatis I.* *L.* 14. §. 2. *L.* 30. §. 6. *D. de legat. III.* Hat der Erbe die Sache zu theuer

konnte zwar eine solche fremde Sache nur per damnationem vermacht werden[76]; war sie indessen auch mit der Formel per vindicationem hinterlassen, so ward doch ein solches Legat schon vor Justinian, wenn es auch nach dem Civilrecht nicht galt, vermöge eines gewissen unter dem Kaiser Nero gemachten Senatusconsults eben so angesehen und bey Kräften erhalten, als wenn es *optimo iure*, d. i. per damnationem wäre hinterlassen worden[77]). Nach den Verordnungen des Kaisers Justinian[78]) kommt aber auf den Unterschied der Formel bey den Vermächtnissen ohnehin nichts mehr an.

Soviel nun hiernächst die Gültigkeit eines solchen Vermächtnisses anbetrifft, so stand zwar derselben auf der einen Seite die Verordnung der zwölf Tafeln entgegen: *Uti legassit* SUAE REI, *ita ius esto*[79]): nach welcher man nur über seine eigne Sachen testiren konnte; andern Theils aber schien doch auch die Sorge der Rö-

gekauft, so hat er sich selbst durch seine eigne Schuld geschadet, und kann wegen eines daraus entstandenen Defects seines falcidischen Antheils den Legatarien nichts abziehen. *L.* 61. *D. ad Leg. Falcid.*

76) ULPIAN. Fragm. Tit. 24. §. 7. und CAJUS *Institut.* Lib. II. Tit. 5. §. 2 et 3. S. auch OISELIUS ad Cajum not. 21. in *Ant.* SCHULTING *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 117.

77) ULPIAN. *Fragm. Tit. XXIV.* § 11. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 277. Not. 2. der 5ten Aufl.

78) §. 2. *I. de legat.* *L.* 1. *Cod Commun. de legat.*

79) *L.* 120. *D. de Verbor. Significat.*

mer für die Erhaltung letzter Willensverordnungen eine solche Auslegung zu erheischen, als sey es der Wille des Testirers, daß der Erbe die Sache von dem Eigenthümer kaufe, und sie dem Legatar gebe, oder wenn sie dem Eigenthümer nicht feil ist, den Werth, nach einer billigen Schätzung der Sache, statt derselben, bezahle[80]). Diese letztere Meinung erhielt auch die Oberhand. Daher sagt Ulpian *Lib. XXI ad Sabinum*[81]). Constat, *etiam res alienas legari posse*, utique si parari possint: *etiamsi difficilis earum paratio sit.* Dieses hatte nun auch wohl in dem Falle keinen weitern Zweifel, wenn der Testirer eine fremde Sache wissentlich vermacht hatte. Allein darüber war man anfangs noch nicht im Reinen, wenn der Testirer die vermachte fremde Sache für die seinige gehalten hatte; ob auch dann eine gleiche Auslegung für die Gültigkeit desselben Statt finde? Es mochten wohl einige wegen der großen Begünstigung der Vermächtnisse diese Frage bejahet haben, wenn nur das Vermächtniß per damnationem war hinterlassen worden. Labeo schreibt wenigstens *libro II. Posteriorum a* Javoleno *epitomatorum*[82]) ganz allgemein: Si *aedes alienas* ut dares *damnatus* sis, neque eas ulla conditione emere possis: aestimare iudicem oportere, Attejus scribit, quanti aedes sint, ut pretio soluto, heres liberetur. Allein Neratius Priscus widersprach dieser Meinung, und be-

80) S. *Franc.* Hotomani Commentar. in IV. libros Institution. Lib. II. Tit. 20. §. 4. pag. 218. (*Lugduni* 1588. f.)

81) *L.* 39. §. 7. *D. de legat. II.*

82) *L.* 29. §. 6. *D. de legat. III.*

hauptete vielmehr, das Vermächtniß einer fremden Sache, welche der Testirer für die seinige gehalten, könne darum auf keine Weise gefordert werden, weil die Testirer geneigter seyen, ihre eigenen Sachen zu v rm chen, als ihre Erben damit zu belästigen, fremde Sachen anzuschaffen. Diese Meinung des Neratius bestätigte auch der Kaiser Antoninus Pius durch ein R script, dessen Justinian §. 4. *I. de legatis* namentlich gedenkt, und zwar aus dem Grunde, weil vielleicht der Testirer die Sache nicht vermacht haben würde, wenn er gewußt hätte, daß sie eine fremde Sache sey. Die Meinung des Neratius hingegen führt Papinian *libro XIX. Quaestionum* [83]) an, wo er sagt: Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem: non est Neratii Prisci sententiae, nec *Constitutioni* locus, qua cavetur, non cogendum praestare legatum heredem. Nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit. *Sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis, et onerandis heredibus faciliores voluntates:* quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem. Papinian gedenkt hier ausser der Meinung des Neratius Priscus noch einer Constitution, deren Urheber er jedoch nicht nennt. Es ist aber wohl unstreitig keine andere, als die des Kaisers Antoninus Pius, deren Justinian gedenkt, wie auch Cujaz [84]) ganz richtig bemerkt hat. Da jedoch noch

83) *L.* 67. §. 8. *D. de legat. II.*

84) Commentar. in librum XIX. Quaestionum Papiniani ad h. L. (*Oper.* a *Fabroto* editor. Tom. I. p. 548.)

eine andere ähnliche Constitution vom Kaiser Alexander Severus [85]) vorhanden ist, so glauben einige Ausleger [86]), sowohl Justinian als Papinian hätten diese Constitution gemeint, weil auch dem Kaiser Alexander der Beyname Pius beygelegt worden sey, wie aus den Fastis und dem Lampridius [87]), den Biographen dieses Kaisers, erhelle, auch überdem eine solche Constitution vom Kaiser Antoninus Pius nirgends vorhanden sey. Allein diese Meinung widerlegt sich dadurch, daß die Constitution, welche Papinian erwähnt, schon vor dem Kaiser Alexander muß vorhanden gewesen seyn. Denn Papinian ward ja noch vor der Regierung des Alexanders unter dem Kaiser Caracalla, auf Befehl desselben, ermordet [88]). Wie konnte also Papinian einer Constitution gedenken, welche erst ganzer 17 Jahre nach seinem Tode erschien [89]). Eben so wenig läßt sich aber auch behaupten, daß der Kaiser Antoninus Pius jene Verordnung nach der Meinung des Neratius, welche derselbe in dem Consistorium dieses Kaisers vorgetragen, promulgirt habe [90]). Denn Neratius Priscus blühte

85) *L.* 10. *Cod. de legatis.*

86) *Franc* BALDUINUS in Commentar. ad Institut. Lib. II. Tit. 20. § 4 ad verba: *Et ita Divus Pius rescripsit.* pag 323. und *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 4. I. de legat pag. 295.

87) Vita *Alexandri Severi.* Cap. 4. et 7.

88) SPARTIANUS in Caracalla. Cap. 4.

89) S. GOTTSCHALK cit Diss. §. 2. pag. 14.

90) CUJACIUS cit. Commentar. in libr. XIX. Quaestion. Papiniani p. 548. und *Thom.* PAPILLONIUS ad fragm. Pomponii de origine iuris (Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 604.)

unter Trajan und Hadrian[91]). Daß er noch zur Zeit des Antoninus Pius gelebt habe, und in dessen Consistorium geheimer Rath gewesen sey, ist unerweislich. Die Stelle aus Papinian enthält auch schon selbst die Widerlegung dieser Meinung, da Papinian die Meinung des Neratius von der Constitution des Kaisers Antoninus Pius genau unterscheidet, und zwar soviel sagt, Antoninus Pius habe nach eben der Meinung rescribirt, welche schon Neratius Priscus vorhin behauptet hatte[92]); allein daß dieser Rechtsgelehrte auch in dem Consistorium des Kaisers Pius Beysitzer gewesen sey, erhellet aus dieser Stelle nicht.

Um also die Gültigkeit eines legati rei alienae zu beurtheilen, kommt es darauf an, ob der Verstorbene gewußt hat, daß die Sache eine fremde Sache sey, oder nicht. Nur in dem ersten Falle ist das Legat gültig, vorausgesetzt, daß die Sache im Verkehr sey, und also durch Kauf erhalten werden kann. In dem letztern Falle aber kann weder das Legat noch der Werth desselben gefordert werden. Justinian sagt §. 4. *I. de legatis:* Quod autem diximus, alienam rem legari posse, ita intelligendum est: *si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat.* Forsitan enim, si scis-

91) Spartianus in *Hadriano* cap. 4. et 18. *L.* 5. *D. Si a parente quis manumissus sit.* *L.* 7. §. 16. *D. Quibus ex caus. in possess. eatur.* S. *Christ. Gottl.* Richter Exercitat. de Neratio Prisco ICto. *Lipsiae* 1788. Cap. 2.

92) Ein anderes Beyspiel, wo der Kaiser Pius die Meinung des Neratius gebilliget hat, enthält die *L.* 7. *D. de condit. et demonstrat.*

set alienam, non legasset: et ita *Divus Pius* rescripsit. Eben das gilt nun auch von Fideicommissen, wie schon Paulus[93]) lehrt: Si alienam rem tanquam suam testator *per fideicommissum* reliquerit, non relicturus, si alienam scisset, *ut solet legatum*, *ita inutile erit fideicommissum.*

Hiernach ist nun die Frage zu entscheiden, wem der Beweis obliege, wenn darüber ein Zweifel entsteht, ob der Testirer gewußt habe, daß die legirte Sache eine fremde sey, oder nicht? Man sollte glauben, der Erbe müsse den Beweis übernehmen, wenn er behauptet, das Legat sey ungültig, weil der Testirer die Sache aus Irrthum für die seinige gehalten habe. Denn Irrthum und Ungültigkeit einer Handlung wird im Zweifel nicht vermuthet. Es ist auch kaum zu glauben, daß der Testirer nicht sollte zwischen seinen und fremden Sachen zu unterscheiden gewußt haben. Vielleicht, daß aus diesen Gründen, welche jetzt freylich nur als Zweifelsgründe angeführt zu werden pflegen[94]), manche der ältern Römischen Rechtsgelehrten auch wirklich dem Erben den Beweis, daß der Testirer unwissend eine fremde Sache vermacht habe, aufgelegt wissen wollten. Denn nicht ohne Grund sagt Marcian: VERIUS *esse existimo*, ipsum, qui agit, id est, legatarium, probare oportere, *scisse alienam rem legare defunctum.* Marcian war also anderer Meinung, und glaubte, der Legatar müsse beweisen, daß der Verstorbene gewußt habe, die legirte Sache sey eine fremde. Diese Meinung ist auch allerdings die richtigere.

93) *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 1. §. 8.

94) S. *Franc.* HOTOMANUS und *Franc.* BALDUINUS in Commentar. ad §. 4. I. de legatis.

Denn da von dieser Wissenschaft des Testirers die Gültigkeit des ganzen Vermächtnisses abhängt, so gehört dieselbe zum Grunde der Klage. Der Legatar muß also, als Kläger, diesen Grund seiner Klage um so mehr beweisen, als für den Erben die weit stärkere Vermuthung streitet, daß die Testatoren immer leichter ihre eigenen Sachen zu vermachen pflegen, als daß man glauben sollte, sie hätten ihre Erben mit Vermächtnissen fremder Sachen belästigen wollen, die sie erst, und oft nicht ohne große Schwierigkeit, anschaffen müssen. Hieraus erklärt sich denn nun auch der vom Marcian angeführte Grund: *quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*, welcher nichts anders seyn will, als daß immer der Kläger den Grund seiner Klage beweisen müsse [95]). Die Vermuthung, welche für den Erben streitet, und ihn gewöhnlich des Beweises überhebt, wird jedoch zuweilen durch eine stärkere überwogen, welche entweder die Beweislast auf den Erben wälzt, oder gar keinen Gegenbeweis zuläßt. Der erste Fall ist, wenn die vermachte Sache ein Dritter besitzt, und der Testirer bey seinem Leben nie Anspruch darauf gemacht hat. Hier vermuthet man, der Testirer habe die Sache, als eine fremde Sache, dem Legatar zugedacht, wofern der Erbe nicht das Gegentheil beweißt [96]). Der andere Fall ist, wenn die Sache einer solchen Person ver-

95) S. GOTTSCHALK cit. Diss. §. 5. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproc. VI. 6. S. 174 f.

96) S. *Arn.* VINNIUS Comm. ad Institut. Tit. de legatis. §. 4. *Greg.* MAJANSII Diss. de legato rei alienae. §. 12. (*Disputation iur. civ.* Vol. I. Diss. XX. p. 353.) und Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 278.

macht worden ist, gegen welche der Testirer wegen naher Verwandtschaft, oder wegen ehelicher Verbindung, oder wegen besonderer freundschaftlicher Verhältnisse eine besondere Zuneigung hatte, so daß er sie ihr vermacht haben würde, wenn er auch gewußt hätte, daß die Sache eine fremde sey. So rescribirte der Kaiser Alexander Severus einer gewissen Ingenua[97]): Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens: tam ex legato, quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum vel fideicommissum meruit, peti potest. Quodsi suam esse putavit: non aliter valet relictum, *nisi proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse.*

Eben so, wie bey einer fremden Sache, ist es in dem Falle, wenn die vermachte Sache einem Dritten verpfändet ist. Auch hier ist ein Unterschied, ob der Testator gewußt hat, die von ihm vermachte Sache sey verpfändet, oder nicht. In dem ersten Falle muß der Erbe die Sache einlösen, wofern der Testator nicht ein Anderes gewollt hat. So haben die Kaiser Sever und Antonin rescribirt[98]). In dem letzten Falle hingegen ist zwar das Legat nicht ungültig, und hierin unterscheidet sich das Legat einer res obligata vom Legat einer res aliena; allein der Legatar muß die Sache selbst einlösen, wenn er sie haben will. Das Vermächtniß ist, wenn es auch der Erbe nicht einzulösen schuldig ist, doch darum nicht ungültig, weil es ja, wie gewöhnlich bey Pfändern

97) *L.* 10. *Cod. de legat.* GOTTSCHALK cit. Diss. §. 10.

98) §. 5. *I. de legatis.* S. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 43. Not. 20. S. 427. f.

der Fall ist, mehr werth seyn kann, als die darauf haftende Pfandschuld beträgt. Daher kann auch in jenem ersten Falle der Testator verordnen, daß der Legatar die Sache selbst einlöse; dahingegen kein vernünftiger Testator wissentlich eine fremde Sache vermachen, und dabey erklären kann, daß der Erbe die Sache weder kaufe, noch den Werth derselben dem Legatar bezahle. Verlangt nun der Legatar, daß der Erbe das Pfand einlöse, so muß er, so wie beym Legat einer fremden Sache, beweisen, daß der Testator gewußt habe, die von ihm vermachte Sache sey verpfändet. *Legatarium* probare oportere, sagt Marcian, scisse alienam rem vel *obligatam* legare defunctum. Der Grund ist auch hier der nämliche, weil der Testator die Sache vielleicht nicht vermacht haben würde, wenn er gewußt hätte, daß sie einem Dritten verpfändet sey. So wie jedoch die besondere Zuneigung des Testirers gegen den Legatar, beym Vermächtniß einer fremden Sache, die Vermuthung begründet, der Testator werde demselben die Sache auf jeden Fall vermacht haben, wenn er auch gleich gewußt hätte, daß sie eine fremde Sache sey; so findet diese Ausnahme auch beym Vermächtniß einer verpfändeten Sache Statt, und der Erbe muß in diesem Falle das Pfand einlösen. So schreibt nicht nur Ulpian *libro XXXIII. ad Sabinum*[99]),

99) *L.* 57. *D. de legatis I.* Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta: si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit: si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam: *vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno.* Diese letzteren Worte enthalten keine besondere Ausnahme, wie man insgemein be-

sondern eben so rescribirte auch Kaiser Alexander an einen gewissen Nilus[100]).

L. 22. Ulpianus *libro primo Responsorum.*

Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.

Aenderung des Willens wird bey einer an sich gültigen Verfügung nicht vermuthet, sondern muß jederzeit von dem bewiesen werden, der solche behauptet [1]). Dieser

hauptet; s. Westphal von Vermächtnissen u. Fideicommissen §. 288. Sammet Recept. Lection ad *Jauchium* Disputatio II. Cap. 19. pag 158 und *Jo. Frid.* Gemnich Diss. de legato rei obligatae. *Regiomonti* 1808 4. sondern gehen auf beyde angeführte Fälle, wo der Legatar die Sache einlösen muß, entweder weil es der Testator ausdrücklich erklärt hat, oder weil er nicht gewußt hat, daß die von ihm vermachte Sache verpfändet sey. Denn die Einlösung, wenn auch der Erbe dazu nicht verbunden ist, kann doch für den Legatar von Nutzen seyn, weil das Pfand gemeiniglich mehr werth ist, als die Pfandschuld beträgt. S. *Christ. Frid.* Mühlenbruch Observation. iuris Romani Specim. I. *Regiomonti* 1818 8 Cap. II Nr 4. pag. 46 sqq.

100) *L.* 6. *Cod. de fideicomm.* Praedia obligata per legatum, vel fideicommissum relicta, heres luere debet: maxime *cum testator conditionem eorum non ignoravit:* aut, *si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset.*

1) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. VI. S. 182. Nr. 9.

Satz findet besonders bey letzten Willensverordnungen seine Anwendung, wenn der Erbe dem Legatar entgegensetzt, der Testator habe seinen Willen geändert. Hier muß der Erbe den Beweis übernehmen [2]). Onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem, sagt Celsus *libro* 21. *Digestorum*, ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat [3]). Eben diese Anwendung von seiner Regel macht Ulpian *libro II. Fideicommissor.* [4]) in dem Falle, wenn der Testator die vermachte Sache bey seinem Leben aus Noth veräusserte, und der Erbe behauptet, der Testator habe das Legat dadurch wieder aufheben wollen. Si rem suam, sagt er, testator legaverit, eamque *necessitate urgente* alienaverit: fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse. *Probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.* Freywillige Veräusserung der vermachten Sache enthält freylich eine stillschweigende Willensänderung [5]), wenn gleich die veräusserte Sache nachher wieder in des Erblassers Eigenthum zurückkehrt. Klagt nun der Legatar, so kann ihm die exceptio doli mali mit Recht entgegengesetzt werden. Behauptet er, der Testator habe die Sache um seinet-

2) *Andr.* Alciatus de Praesumtionib. Lib. II. cap. 16. *Jac.* Cujacius in Commentar. in Libr. I Responsor. Ulpiani ad L. 22. D. de probat. (*Oper.* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 128.) und Pothier Pandect. Justinian. Tom. I. h. t. Nr. IX. pag. 635.

3) L. 22. *in fin. D. de legat. II.*

4) *L.* 11. §. 12. *D. de legat. III.*

5) Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit 1. §. 9. L. 8. *pr. D. de legat. I.*

willen wieder an sich gebracht, so muß er den Beweis übernehmen. So lehrt Paulus *libro sing. de adsignatione libertorum* [6]: Cum servus legatus a testatore, et alienatus, rursus redemptus sit a testatore, non debetur legatario, opposita exceptione doli mali. *Sane si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non submovebitur,*

L. 23. MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.*

Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut [7]) pignori hypothecaeve sit. Sed et si hoc probet actor, illud quoque [8]) implere [9]) debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore: aut cuius voluntate hypotheca data sit [10]).

Dieses Fragment handelt von dem Beweise, den der Kläger bey der hypothekarischen Klage zu führen hat. Diese Klage wird *formula hypothecaria* genennt, und sie ist es, von welcher Marcian in dem Buche handelte, aus welchem dieses Fragment genommen ist. Der

6) *L. 15. D. de adimendis vel transferend. legatis.*

7) Chevallon, Merlin und Baudoza lesen, ut *res.*

8) *Cod. Erl.* lieset illud implere debet. Das *quoque* fehlt.

9) Haloand. und Miräus *probare* debet.

10) Hal. und Mir. aut *ad eum*, cuius voluntate hypotheca data *est.*

Kläger muß hier vor allen Dingen beweisen, daß ihm an der in Anspruch genommenen Sache ein Pfandrecht zustehe, wenn es von dem Besitzer derselben bestritten wird. Denn Zuständigkeit des Pfandrechts macht den Grund der actio hypothecaria aus. Wie ist nun aber dieser Beweis zu führen? Marcian nimmt hier den gewöhnlichen Fall an, da das Pfandrecht durch Vertrag entstanden ist. Da aber das Pfandrecht auch auf andere Art, und ohne den Willen des Schuldners entstehen kann, so ist überhaupt der Beweis auf die Art des Erwerbs zu richten. Allein dieser Beweis reicht an sich noch nicht immer zur Begründung der Klage hin. Der Kläger hat auch noch überdem zu beweisen, daß er durch das factum oppignorationis wirklich ein Pfandrecht erworben habe. Dazu gehört nun, wie Marcian hier lehrt, daß der Kläger auch beweise (dieß heißt hier illud quoque *implere* debet, wie dieser Ausdruck schon oben vorgekommen ist) dem Schuldner habe die verpfändete Sache, und zwar zur Zeit der Verpfändung, gehört, oder ist sie eine fremde Sache, so muß er darthun, daß die Verpfändung wenigstens mit Zustimmung des wahren Eigenthümers geschehen sey. Ob nun wohl Marcian diesen Beweis dem Gläubiger unbedingt aufzulegen scheint, so ist er doch, wie schon an einem andern Orte [11]) gezeigt worden ist, nur in dem Falle erforderlich, wenn die Klage gegen den dritten Besitzer angestellt wird, und das Pfand ein pignus speciale ist. Denn da in einer allgemeinen Verpfändung auch die bona futura begriffen sind; so ist es genug, wenn der Kläger nur beweist, daß der

11) S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1085.

Schuldner in der Folge das Eigenthum der in Anspruch genommenen Sache erworben habe [12]).

L. 24. MODESTINUS *Libro quarto* [13]) *Regularum.*

Si chirographum concellatum fuerit, licet praesumptione debitor liberatus esse videtur [14]), in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc [15]) deberi ostenderit [16]), recte debitor convenitur.

Modestin spricht hier von einer Vermuthung, welche aus einem durchstrichenen Schuldscheine für die Aufhebung der Schuld entsteht. Das Wort *chirographum* bezeichnet zwar im weitesten Sinn jede Handschrift [17]). Daher nennt auch Paulus [18]) die eigenhändige Unterschrift der Zeugen bey einem schriftlichen Testament chirographum. Im engern Sinn versteht man auch unter *chirographum* eine Urkunde, die Jemand in Beziehung auf eine Schuld ausgestellt hat, sie enthalte nun entweder ein

12) *L.* 15. §. 1. *D. de pignorib.* S. Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 44.

13) Haloand. und Miräus libro III.

14) Chevallon und Baudoza videatur.

15) *Cod. Erl.* adhuc sibi.

16) Hal. und Mir. ostendit.

17) *Can.* 2. *Dist. XXII.* und *Can.* 1. *Can.* 2. *Dist. XCVIII.*

18) *L.* 30. *D. Qui testam. fac. poss.*

Schuldbekenntniß, oder eine Quittung [19]). Allein hier wird das Wort *chirographum* in der eigentlichsten und engsten Bedeutung für ein Schuldbekenntniß genommen [20]), die Urkunde, worin es enthalten ist, mag übrigens eine öffentliche oder eine privat Urkunde seyn [21]).

Das Wort *cancellatum* bedeutet eben soviel als *inductum*, wie aus einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [22]) erhellet, wo es heißt: *Inductum*, id est *cancellatum*, necne, sit chirographum, vestrum, solutionem semel debiti causa factam ei, qui exigendi potestatem habuit, probantium, nihil interest. Eigentlich heißt es zwar soviel als durchstrichen, in welcher Bedeutung auch das Wort *perductum* in den Gesetzen [23]) vorkommt; allein es kann auch so viel als deletum, getilgt, heißen, die Tilgung geschehe nun

19) *L.* 52. *pr. D. de act. emti et vend. L. ult. Cod. Si certum petat. L.* 4. *C. de collat. fundor. patrimonial.*

20) *L.* 41. *pr. D. ad Leg. Aquil. L.* 57. *pr. D. de admin. et peric. tutor. L.* 14 *et* 15. *Cod. de solut.*

21) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de cancellatione eiusque in iure effectibus. *Tubing.* 1669. Cap. V. Th. 54.

22) *L.* 22. *Cod. de solut.* (VIII. 43.) Man vergleiche noch *L.* 2. *D. de his, quae in testamento delentur.*

23) Z. B. nomen perductum. *L.* 8. §. 3. *D. de bonor. possess. sec. tab.* welches CUJACIUS in Commentar. ad Tit. Pand. de his, quae in testam. delentur. L. 1. durch cancellatum erklärt.

auf welche Art sie wolle. Daher vertauscht Ulpian [24]) die Ausdrücke *inductum* und *deletum* willkührlich.

Um nun die Wirkungen einer solchen Tilgung näher zu bestimmen, so lassen sich drey Fälle gedenken. Sie ist nämlich entweder vom Gläubiger, oder vom Schuldner, oder von einem Dritten geschehen. Hat der Gläubiger selbst den Schuldschein durchstrichen, und eigenhändig darunter geschrieben, daß die Schuld bezahlt, oder erlassen sey, so bewirkt eine solche Cancellation einen vollkommenen Beweis gegen den Gläubiger, daß die Schuld aufgehoben sey, vorausgesetzt daß die Unterschrift von dem Gläubiger sey anerkannt worden[25]). Ist hingegen die Cancellation der Handschrift mit einer solchen eigenhändigen Unterzeichnung des Gläubigers nicht versehen, so begründet wenigstens die von dem Gläubiger selbst geschehene Tilgung des Schuldscheins eine rechtliche Vermuthung für die Aufhebung der Schuld. Diese Vermuthung muß jedoch der Wahrheit weichen, wenn der Gläubiger beweist, daß die Schuld nicht bezahlt, sondern die Cassirung des Schuldscheins von ihm blos aus Versehen, oder in der Trunckenheit, oder sonst in einem Zustande der Geistesabwesenheit geschehen sey. So weit also die Schuld noch unbezahlt ist, kann der Schuldner mit Recht belangt werden, wie auch

24) *L.* 1. *D. de his, quae in testam. delent.* (XXVIII. 4.) LAUTERBACH cit. Diss. Cap. I. Th. 3. Daher sagt auch der Scholiast der Basiliken Tom. III. pag. 40. ὅτι τὸ χιασθὲν ἀντὶ ἀκυρωθέντος ἐδέξατο. i. e. *cancellatum chirograpdum ibi accipi pro vano et evacuato.*

25) *Cap.* 2. *X. de fide instrum.* L. 26. *in fin. D. depositi.*

Modestin hier ausdrücklich bemerkt. In dem zweyten und dritten Falle behauptet man gewöhnlich, daß dadurch keine Vermuthung für die Bezahlung oder Aufhebung der Schuld begründet werde, wenn nicht bewiesen werden kann, daß die Cancellation mit Einwilligung des Gläubigers geschehen sey [26]). Allein der Schuldschein befinde sich in dem Besitz des Gläubigers oder des Schuldners, so muß auch hier vermuthet werden, daß die Cassirung desselben mit Einwilligung des Gläubigers geschehen, und also die Schuld aufgehoben sey. Denn Marcian unterscheidet nicht. Da es nun gewöhnlich geschieht, daß wenn eine Schuld getilgt ist, der Schuldschein dem Schuldner entweder ganz, oder cassirt, zurückgegeben wird, eine unerlaubte Handlung aber von Seiten des Schuldners nicht vermuthet werden kann, so muß auch, wenn gleich der Schuldner den Schuldschein, welcher durchstrichen, oder durchschnitten, oder zerrissen ist, besitzt, auch hier die Vermuthung für die geschehene Tilgung der Schuld eintreten, so lange nicht das Gegentheil bewiesen ist [27]). In den Basiliken [28]) lautet übrigens unser Fragment folgendermassen: Ἐὰν χιωσθῇ τὸ γραμματεῖον, ὁ χρεώστης ἠλευθέρωται κατὰ πρόληψιν, εἰ μὴ δείξῃ ὁ δανειστὴς ἔτι κεχρε-

26) Mornacius ad L. 24. D. h. t. Brunnemann Commentar. in Pand. ad L. 24. h. t. und Lauterbach cit. Diss. de cancellatione. Cap. V. Th. 62. et 63.

27) *L.* 82. §. 3. *D. de furt.* *L.* 14. *Cod. de Solut.* *L.* 2. §. 1. *D. de pactis.* *Ger.* Noodt ad Edictum Praetoris de pactis et transact. Cap. 2. *Oper.* T. I. p. 486. und *Ant.* Schulting Iurisprud. vet. Antejustin. pag. 333. not. 75. et 76.

28) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 24.

ὠστῆσθαι. i. e. *Si chirographum cancellatum fuerit, debitor praesumtione liberatus est, nisi creditor adhuc sibi deberi probaverit.*

L. 25. Paulus *libro tertio Quaestionum.*

Cum de indebito quaeritur, quis probare debet[29]) non fuisse debitum? res ita temperanda est: ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit: et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit[30]), per etenim absurdum est[31]), eum qui ab initio negavit pecuniam suscepisse[32]), postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas: praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit, nemo dubitat. qui enim solvit, numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas

29) *Chevallon.* debeat.

30) *Miraeus* acceperit.

31) *Cod. Erl.* etenim absurdum est. Eben so *Chevallon* u. *Baudoza.* Allein *Miraeus* per enim absurdum est.

32) *Chevallon*, *Nivellius* und *Baudoza* pecuniam accepisse.

effundat. et [33]) maxime si ipse [34]), qui indebitas dedisse [35]) dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias: cuius personam incredibile est in aliquo [36]) facile errasse. et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum [37]). et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

§. 1. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias [38]) simplicitate gaudens, et desidia [39]) deditus: tunc enim, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas. et si non ostenderit, eas redhibere.

§. 2. Sed haec [40]) ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is qui dedit contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est: vel quod ab initio quidem

33) *Cod. Erl.* hat das et nicht.

34) *Chevall.* is.

35) *Cheval.* dedisse se.

36) *Haloand.* und *Miraeus* in eo aliquo.

37) *Cod. Erl.* solutum esse. *Miraeus* solutum sit.

38) *Cod. Erl.* vel alia. Eben so *Baudoza.*

39) *Cod. Erl.* desidie deditus. *Cheval. Miraeus*, *Merlinus*, und *Baudoza* desidiae deditus.

40) *Cod. Erl.* hoc. Eben so *Chevallon*, und *Haloand.*

debitum fuit, sed vel dissoluto [41]) debito postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus errore eius [42]) pecunias dependit: ipsum omnimodo [43]) hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens proiecit pecuniam. secundum generalem regulam, quaEos [44]), qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita [45]) contendunt, haec ostendere exigit.

§. 3. In omnibus autem visionibus [46]), quas praeposuimus [47]), licentia concedenda est ei, cui onus [48]) probationis incumbit, adversario suo de

41) *Cod. Erl.* soluto.

42) *Hal Mir. Merlin. Chevallon.* und *Baud.* eas.

43) *Baud* omnino.

44) *Quae eos*; per geminat.

45) *Hal. Cheval. Miraeus*, und *Baud.* solvisse indebita.

46) *Hal.* decisionibus. *Chevallon* und *Merlin* iussionibus. *Ant.* Augustinus Emendat. et opinion. Lib. II. cap 2. pag 58 (edit *Basil.*) meint, es müsse divisionibus i. e. distinctionibus gelesen werden, weil in andern Stellen der Pandecten, wo dieses Wort vorkommt, als *L.* 25 § 15. *D. de hered. petit.* *L.* 8. § 2. *D. ad SCt. Vellejan.* *L.* 29 § 5. *D. Mandati.* in der florentinischen Handschrift das *Di* beygefügt wäre. Allein man sehe den 8. Th. dieses Commentars §. 572. Not. 20.

47) *Hal. Mir. Chevall. Merlin* und *Baud.* quas proposuimus. Eben so *Cod. Erl.*

48) *Cod. Erl.* honus.

rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro calumnia iurante. ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei [49]) servando.

§. 4. Sed haec [50]) ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem [51]) cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete [52]) loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit. nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. tunc enim stare eum oportet [53]) suae confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese haec [54]) indebite promisisse.

Paulus handelte im dritten Buche seiner Quästionen von der condictio indebiti, wie aus *L.* 21. *L.* 60. *D. de cond. indeb.* und *L.* 84. *D. de Reg. iur.* erhellet, und vermuthlich endigte er diese Materie mit der Frage, welche in unserm Fragment so ausführlich erörtert wird, und die Beweisführung bey der condictio indebiti betrifft. Darum trennten die Verfasser der Pandecten diesen Abschnitt von ihrem Orte,

49) *Hal.* und *Miraeus* eius.

50) *Cheval.* hoc.

51) Erst mit diesen Worten geht im *Cod. Erlang.* ein neuer §. an.

52) *Hal.* indistincte.

53) *Hal.* oportere.

54) *Cheval.* hoc.

und brachten ihn unter den Titul vom Beweise. Ob dieses Fragment dem Paulus angehöre, ist zwar unter den Auslegern streitig. Cujaz[55]), Anton Faber und mehrere[56]) eignen das ganze Fragment dem Tribonian zu. Nur die ersteren Worte, in welchen die hier erörterte Frage aufgeworfen wird, sollen des Paulus seyn. Man sagt, die hier sichtbare Weitschweifigkeit sehe nicht ähnlich der vom Paulus gewohnten präcisen Kürze. Auch soll die verdächtige Latinität einiger Phrasen, z. B. studiosus paterfamilias, ostendere, visiones, iuramentum, und die hin und wieder hervorscheinenden Gräcismen den Geist des Tribonian verrathen. Johann Jens[57]) hingegen spricht zwar dem Paulus dieses Fragment nicht ab, glaubt aber in demselben einen besonders wichtigen Beleg zur Begründung seiner Hypothese gefunden zu haben, daß wir den lateinischen Originaltext der Pandecten nicht mehr haben, sondern blos eine schlechtgerathene lateinische Uebersetzung von einer davon gemachten, aber auch verlohren gegangenen griechischen Version. Dieß zeige sich nun besonders in unserm Fragment recht sichtbar, wo der lateinische Interpret sich der unverzeihlichen Nachlässigkeit schuldig gemacht, daß er das *ὥστε*, welches die Griechen mit dem Infinitivus construiren, zwar ganz richtig durch ut übersetzt, aber statt des Subjunctivi, durchgehends den Infinitiv

55) Commentar. in libr. III. Quaestion. Pauli ad h. L. in *Oper. postum.* a FABROTO edit. Tom. II. p. 1020. sq.

56) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 833. Not. 41. S. 113.

57) Stricturae ad Rom. iuris Pandect. et Cod. ad h. L. pag. 168. sqq. (*Lugd. Batav.* 1764.)

aus dem Griechischen beybehalten habe. Er substituirt daher folgende lectio emendata.

Cum de indebito quaeritur, quis probare *debeat*, non fuisse debitum, res ita temperanda est, *ut*, siquidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione *ipse*, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, *compellendus sit* ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas *sibi* fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat: qui enim solvit, numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse se dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse: et ideo *is*, qui dicit, indebitas *se* solvisse, *compellendus sit* ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum *a se* solutum *sit*, et nisi hoc ostenderit, nullam *is* repetitionem *habeat*.

§. 1. Si autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agri-

cultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et *desidiae* deditus, tunc *is*, qui accepit pecunias, *ostendat*, *se* eas accepisse quidem, *sed* debitas *sibi* fuisse solutas, et, si non ostenderit, eas *redhibeat*.

§. 2. Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum solvat, vel exceptione tutus, errore *suo* pecunias dependit, *ipse* omnimodo hoc *ostendat*, quod vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens *persolvit* pecuniam, secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit.

§. 3. In omnibus vero *speciebus*, quas *proposuimus*, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum *inferendi*, prius ipso de calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando.

§. 4. Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquatur, tunc *is*, in quem cautio exposita est, *compellatur* debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit; nisi ipse

specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eamdem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni; nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.

Daß die Gründe, aus welchen man dieses Fragment dem Tribonian zueignen will, nicht hinreichend sind, solches dem Paulus abzusprechen, haben schon andere[58]) gezeigt. Die in dem Fragment angeführten Fälle musten ja allerdings so genau von einander unterschieden werden, weil jeder derselben eine verschiedene Entscheidung erfordert, und dieß ist auch in einer so zweckmäßigen Kürze geschehen, daß Paulus in seiner Schreibart hier nicht zu verkennen ist. Prolixitatem stili accusant, sagt daher van Bynkershök[59]) ganz richtig, sed de variis, quae ibi tractantur, speciebus nemo dixerit brevius, quam dixit *Paulus*. Eben so verweißt man die oben ausgehobenen Ausdrücke zur suspecta Latinitas mit Unrecht. Nicht nur Cicero[60]) verbindet die Ausdrücke valde studiosus ac diligens mit einander, sondern auch Plinius[61]) setzt studiosus und desidiosus einander entgegen; und warum sollte man denn nicht

58) S. *Ulr.* HUBER Eunom. Roman. ad h. L. nostr. pag. 772—776. *Just.* MEIER Ενδοξων Iustinianeor. Decad. VII. Cap. 8. (adj. *Colleg. Argentorat.* T. III. pag. 1039. sqq.) und *Aug. Frid.* MÜLLER *a* BERNECK Exercitat. iur. civ. de probatione indebiti ad L. XXV. D. de probat. *Lipsiae* 1772.

59) Observation. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 25. §. 12.

60) *Academicor.* Lib. IV. cap. 31.

61) *Lib. III. Epist.* 5. *in fin.*

auch denjenigen, qui studet conservandae rei suae familiari, einen diligens et studiosus paterfamilias nennen können, mag auch den Griechen immerhin der Ausdruck *σπουδαῖος* angehören? Das Wort ostendere aber, für beweisen genommen, ist sowohl in den Pandecten [62]) als bey den Classikern [63]) so gewöhnlich, daß man ja alle diese Stelle für verfälscht halten müßte, wenn man an der Aechtheit dieses Worts zweifeln wollte. Gesetzt weiter, man wollte auch der florentinischen Leseart bey den Worten *desidia* deditus den Vorzug geben, so haben ja schon Bynkershök [64]) und van Bryhov [65]) Beyspiele genug aufgestellt, wo der Ablativ statt des Dativs gebraucht worden ist, ja Perizonius [66]) hat sogar erwiesen, daß ehemals der Ablativ mit dem Dativ in allen Declinationen Eins gewesen sey. Auch das Wort *Visio*, welches hier soviel als species heißt, ist den Classikern nicht fremd. Es scheint von den Philosophen entlehnt zu seyn, welche die Vorstellung, die man sich in seiner Seele von einer Sache macht, visio nannten [67]). Besonders brauchten die Alten das Wort videre beym Disputiren, z. B. videbimus, an etc. wie Heineccius zu Bris-

62) Eine Menge Stellen führt Brissonius de Verbor. iur. Significat. voc. *Ostendere* nr. 2. an.

63) S. *Faber*, *Gesner*, *Scheller*.

64) Observat. iur. Rom. Lib. IV. cap. ult. §. Utilem. pag. 298. edit. *Heinecc*.

65) Observat. iur. civ. Cap. XV. pag 72. sq.

66) Ad *Sanctii* Minervam Lib. I. cap 6.

67) Z. B. Visio veri falsique bey Cicero *Academicor.* IV. 2. Concipere visiones. Quinctil. VI. 2. VIII. 3. XII. 10.

son[68]) aus mehreren Stellen der Alten erwiesen hat. Kein Wunder, daß die römischen Juristen die besondern Fälle und Rechtsfragen, welche sie erörterten, *visiones* nannten, in welcher Bedeutung besonders Ulpian[69]) dieses Wort häufig gebraucht hat. Justinian gebraucht zwar auch das Wort visiones in seiner *Const.* 2. §. 14. *Cod. de vet. iure enucl.* und erklärt nachher in seiner griechischen Constitution Δέδωκεν, *L.* 3. §. 13. *Cod. eodem,* dieses Wort durch *Θεωρίας;* allein wer will deswegen behaupten, daß dieses Wort dem Tribonian zuzueignen sey? Ungewöhnlicher ist nun freylich das in unserm Fragment einmal vorkommende Wort *iuramentum;* dennoch läßt sich nicht behaupten, daß es suspectae latinitatis sey[70]). Denn auch Ulpian gebraucht dieses Wort in einer Stelle der Pandecten, deren Leseart keinem Zweifel unterworfen ist. Es ist die *L.* 34. §. 5. *D. de iureiurando.* wo es heißt: Si de qualitate *iuramenti* fuerit inter partes dubitatum, conceptio eius in arbitrio iudicantis est. Man pflegt zwar auch Stellen aus Classikern[71]) zu citiren, allein diese können hier darum

68) De Verb. iur. Signif. v. *Visio.* S. auch *Jo.* Wybo Tribonianus ab emblemat. Wissenbachii liberat. Cap. II. §. 4.

69) S. die Note 46. und den 13. Th. dieses Commentars §. 833. Not. 50.

70) S. *Ge. Casp.* Kirchmaier Opuscula de Latinitate Digestor. et Institut. D. Justin. collect. a *Ge. Sam.* Madihn. *Halae* 1772. 8. Nr. III. pag. 116.

71) Seneca *de Clementia.* Lib. II. cap. 1. nr. 3. wo aber, statt *iuramentum faciant*, Gronov und Ruhkopf iurarent lesen. Ferner Ammian. Marcellinus lib. XXI. c. 5. wo das Wort *iuramentum* mit iusiurandum abwechselt.

nicht füglich zum Beweise gebraucht werden, weil die Leseart nicht übereinstimmend ist. Ueberhaupt aber ist es noch die Frage, ob nicht die Worte unsers Fragments: *ut iudex iuramenti fidem secutus ita sententiam possit formare*, für ein Glossem irgend eines spätern Interpreten zu halten sind? Denn in den Basiliken [72]) finden sich diese Worte nicht, welche den Sinn des Paulus in ihrer Sprache so ausdrücken: *ἐν πᾶσι δε τούτοις ἐφεῖται ὅρκον ἐπάγειν, καὶ ὁ τῆς συκοφαντίας δίδοται, κὰι ἀντεπιφέρειν.* i. e. *In his autem omnibus licet iusiurandum deferre, iureiurando de calumnia praestito, et referre.* Auch der griechische Scholiast, Theodorus Hermopolites, der unser Fragment so ausführlich und genau paraphrasirt hat, ohne das Geringste wegzulassen, kennt jene Worte nicht [37]). Er paraphrasirt nämlich den §. 3. unsers Fragments folgendermassen: *Ἐπὶ πάντων τῶν δὲ ειρημένων θεμάτων οὐ πάντως ὁ ἄκτωρ, ἀλλὰ καθόλου βαρυνόμενος ταῖς ἀποδείξεσιν ἔχει δίκαιον ὅρκου ἐπιφορᾶς, καὶ δύναται ὅρκον ἐπάγειν τῷ διαδίκῳ, πρότερον ἀυτὸς τὸν περὶ καλουμνίας ὅρκον ἐκδιδούς. τοῦ δικαίου μέν τοι τῆς ἀντεπιφορᾶς τῷ διαδίκῳ φυλαττομένου.* i. e. *In omnibus autem supradictis casibus non utique actori, sed omnino ei, cui onus probationis incumbit, licet iusiurandum inferre, et potest iusiurandum adversario deferre: ita tamen ut ipse prius de calumnia iuret, iure referendi iurisiurandi ei servando*. Eben so wenig findet man auch jene Worte in den Scholien des

72) Tom. III. Lib XXII. Tit. 1. Const. 25. pag. 5.

73) *Schol. Basilicor.* ad h. Tit. not. q. pag. 41 in fin.

Cyrillus[74]). Dieser sagt: πᾶς δὲ βαρούμενος ἀποδείξεσι, δύναται ἐπαγειν ὅρκον, διδοὺς τὸν περὶ καλουμνίας, ὑποκείμενος ἀντεπιφορᾷ. i. e. *Is autem, cui probationis onus incumbit, iusiurandum inferre potest dato de calumnia iureiurando, ita ut iusiurandum ei referri possit.* Genau betrachtet, bemerkt man auch recht deutlich, daß die oben angeführten Worte, auch davon abgesehen, daß sie etwas besagen, was sich ohnehin versteht, eingeschoben worden sind, und den Zusammenhang sichtbar unterbrechen. Der Anstoß, den man endlich bey den Ausdrücken *indiscrete* und *confessio* hat finden wollen, welche im §. 4. vorkommen, hat vollends gar keinen Grund. Cautio, quae *indiscrete* loquitur, ist hier eine solche, quae ita concepta est, ut ex ipsa cautione causa debendi discerni nequeat. Ein solcher Schuldschein kann auf zweyerley Art gedacht werden. Erstens wenn gar keine causa debendi ausgedruckt worden ist; und zweytens wenn der Schuldschein zwar eine causa debendi enthält, aber nur eine allgemeine, z. E. der Aussteller bekennt, die in dem Schuldschein ausgedruckte Summe aus einem Contract schuldig zu seyn, ohne den Contract selbst zu benennen. Beyde Fälle begreift das Wort ἀσαφὲς unter sich, welches in den Basiliken[75]) gebraucht wird, und soviel als undeutlich, dunkel, und unbestimmt heißt. Die Wirkung ist übrigens in dem einem Falle, wie in dem andern, die nämliche[76]).

74) S. *Basilica* Tom. III. pag. 42.

75) Lib. XXII. Tit. 1. Const. 25. T. III. pag. 5. in fin.

76) S. *Ge.* ENGELBRECHT Diss. de instrumentis indiscretis. *Helmst.* 1707 § 8.

Hier fragt sich's nur, ob der Ausdruck *indiscrete* ächt Paulinisch oder Tribonianisch sey? Es ist gar kein hinreichender Grund vorhanden, das letztere anzunehmen. Denn das Wort *indiscrete* gebrauchen ja die Classiker [77]), und kommt auch in einer Verordnung des Kaisers Alexander vor [78]), unter welchem Paulus lebte. Cicero [79]) selbst braucht das Wort *discrete* in dem Sinn, daß es soviel als ordentlich, bestimmt, und mit der gehörigen Unterscheidung heißt; warum sollte denn nun das Wort *indiscrete* in der entgegengesetzten Bedeutung nicht ächt lateinisch seyn? Auch die Griechen brauchen *ἀδιακριτῶς* in diesem Sinne. Das Wort *confessio*, man nehme es nun für cautio, Schuldschein, oder in der Bedeutung für Bekenntniß, ist vollends Ciceronianisch [80]).

Soviel hiernächst Jensens Hypothese betrifft, so bedarf sie keiner weitern Widerlegung, da sie schon längst von Andern ausführlich geprüft und widerlegt worden ist [81]). Gräcismen sind ja in den Fragmenten der Römischen Rechts-

77) PLINIUS *Hist. Nat.* Lib. XI. cap. 37. SPARTIANUS *in Nigro.* cap. 3.

78) *L.* 5. *Cod. de Quaestion.*

79) *Invent.* Lib. I. c. 30. in fin.

80) CICERO Orat. *pro Sextio* prope fin. *ad Divers.* Lib. I. Epist. 17. Orat. *pro Cluentio* c. 53 *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VII. cap. 16. §. Nunc videamus.

81) S. Bach's unparth. Critik über jurist. Schriften 1. Band S. 165. ff. und 3. Band S. 500. ff. Vergl. auch *Christ. Henr.* ECKARD Hermeneut. iuris Lib I. Cap. 3. §. 107. et ad Eundem WALCH.

gelehrten [82]) so gewöhnlich, wie in den Schriften der Classiker [83]). Jens [84]) führt sogar selbst eine Menge von Beyspielen aus den Pandecten [85]) an, wo ut nach Art der Griechen mit dem Infinitiv construirt worden ist.

So wenig nun der Styl einen hinreichenden Grund giebt, unser Fragment dem Paulus abzusprechen, eben so wenig ist in der Materie desselben ein Grund zu finden, daß hier ein anderes Recht gelehrt werde, als zur Zeit des Paulus gegolten hat, um es, als ein Emblem, dem Tribonian zu"zueignen [86]). Es kann indessen wohl seyn, daß im Betreff der Frage, welche Paulus hier entscheidet, nicht alle Rechtsgelehrten einerley Meinung gewesen sind. Daher die Genauigkeit, mit welcher er hier die einzelnen Fälle unterscheidet, und die Entscheidung eines jeden einzelnen mit besondern Gründen unterstützt. Da ich die hier durchgeführten einzelnen Fälle

82) *Herm.* CANNEGIETER Observation. iur. Rom. Lib. I. cap. 8. pag. 50. sq. und *Ge. D'* ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 19. pag. 132. sqq.

83) VECHNER Hellenolexic. Lib. I. cap. 24.

84) Siehe die seinen Stricturis vorausgeschickte *ampliata demonstratio, Rom. iur. Pandectas hodie latine exstantes, ex graeca versione traductos esse.* Art. XI. pag. 27. sq.

85) *L.* 4. *D de pact. dotal.* *L.* 23. §. *ult. D de acquir. rer. dom.* *L.* 6. §. 7. *D. Quae in fraud. cred.* *L.* 3. §. 4. *D. iudicatum solvi.* *L.* 8. §. 2. *D de precar.* *L. ult. D. ad SCtum Turpill.* *L.* 22. *D. de iure patron.* u. a. m.

86) S. *Jos. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. VIII. Cap. 21. (in *Ger.* MEERMAN *Thes. nov. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag. 405.)

schon an einem andern Orte [87]) ausführlicher erörtert habe, worauf ich mich der Kürze wegen beziehen will; so stelle ich hier blos das Resultat dar. Die Regel, welche Paulus in diesem Gesetz aufstellt, ist die, bey der Zurückforderung einer Nichtschuld muß der Kläger den Beweis übernehmen, daß er die bezahlte Summe nicht schuldig gewesen sey, weil er die Vermuthung gegen sich hat. Denn bey einem gewöhnlich fleißigen und achtsamen Manne, welcher in dem, was er treibt, zu Hause ist, kann man nicht leicht seinen Irrthum annehmen [88]). Diese Regel leidet jedoch 1) eine Ausnahme, wenn der Beklagte sich gleich Anfangs dadurch verdächtig gemacht hatte, daß er den Empfang der als Nichtschuld zurückgeforderten Sache oder Summe läugnete. Hier braucht der Kläger weiter nichts als die Zahlung zu beweisen. Hat er diese bewiesen, so liegt nun dem Beklagten ohne allen Unterschied die Verbindlichkeit ob, zu beweisen, daß ihm eine richtige Schuld bezahlt worden sey. Kann er diesen Beweis nicht führen, so wird er zur Er-

87) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 833. S. 112. — 119.

88) Die unrichtige Ansicht des *Jo.* VOLLENHOVE in Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus. (*Lugd. Bat.* 1732.) Cap. VI. §. 3. not. b. in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertation. Belgicar. iurid.* Vol. I. Tom. I. pag. 227. von den Worten *diligens* et *studiosus* hat schon Hasse in s. civilist. Abhandl. die Culpa des Röm. Rechts S. 125. Not. a. nach Würden gerügt. Der griechische Scholiast der Basiliken Tom. III. pag. 41. sagt: *ἐν ᾧ ἀνὴρ ἐστὶν ἐπιμελὴς τε καὶ σπουδαῖος, ἀεὶ τὰ ἴδια διοικῶν.* i. e. *si sit diligens et attentus paterfamilias, semperque sua negotia gerens.*

stattung des Empfangenen verurtheilt. Denn hier wäre es widersinnig, dem Kläger die Last der Beweisführung aufzubürden, nachdem sich der Empfänger durch Läugnen verdächtig gemacht hatte. Theodor sagt in den Scholien der Basiliken [89]): *Ο ἰνδέβιτον λαβὼν, ἐι μὲν περὶ ἀυτὸ ἀρνεῖται τὴν καταβολὴν, καὶ λέγει τὴν ἀρχὴν μηδὲν ἐιληφέναι τι παντελῶς, ἀποδεικνύοντος πρότερον τοῦ διάδικου, ὅτι γέγονεν ἐπ' ἀυτὸν ἡ καταβολὴ, ἀπόλλυσι τὴν ἐκ τῆς προλήψεως βοήθειαν. Qui indebitum accepit, si quidem neget ab initio se quidquam accepisse, et actor probaverit se pecuniam solvisse, reus amittit praesumtionem, quae pro illo faciebat.* Die Regel fällt 2) weg, wenn derjenige, welcher eine bezahlte Summe als Nichtschuld zurückfordert, eine, ihrem Alter, oder Geschlechte, oder Lebensart nach, der Rechte unkundige, und in den Geschäften des bürgerlichen Lebens unerfahrne, oder einfältige, oder äußerst nachläßige Person ist. Eine solche Eigenschaft des Klägers hebt jene Präsumtion auf, die sonst den Kläger bey der Zurückforderung einer Nichtschuld der Beweislast unterwirft, und wälzt diese Last auf den Beklagten, der nun darthun muß, daß die bezahlte Schuld ihre Richtigkeit habe. Denn die Vermuthung, daß sich solche Personen leicht irren können, welche der § 1. characterisirt, ist stärker, als welche sonst für den Beklagten streitet, daß er dasjenige, was er empfangen, mit Recht zu fordern gehabt habe [90]).

89) Tom. III. pag. 40. not. q.

90) S. *Hug.* Donellus ad h. Tit. de probat. Cap. 3. pag. 263. und *Just. Henn.* Boehmer Disp. de collisione praesumtionum. *Halae* 1702. et rec. 1741. Cap. II. §. 14.

Diese Regel mit ihren Ausnahmen findet jedoch nur Statt, wenn der Kläger die ganze bezahlte Summe als Nichtschuld zurückfordert. Denn behauptet er, er habe nur einen Theil der Summe indebite bezahlt; oder er sey zwar Anfangs schuldig gewesen, aber die Schuld sey schon getilgt, und er habe aus Vergessenheit zweymal dieselbe Summe bezahlt; oder er sey durch eine peremtorische Einrede gegen die Forderung des Gläubigers gedeckt gewesen, z. E. durch die exceptio pacti de non petendo, oder iurisiurandi praestiti, er habe aber, derselben uneingedenk, doch bezahlt; so muß der Kläger ohne Unterschied, er sey, wer er wolle, den Beweis seiner Behauptung übernehmen. Denn die Vermuthung streitet gegen ihn. Gesteht der Kläger, er sey schuldig gewesen, und will aus Irrthum zweymal bezahlt haben, so muß er ja beweisen, daß die Zahlung schon geschehen sey [91]); und eben dieser Beweis liegt ihm ob, wenn er behauptet, daß er mehr bezahlt habe, als er schuldig gewesen. Noch weniger aber ist es einigem Zweifel unterworfen, daß derjenige sich der Verbindlichkeit zur Beweisführung nicht entziehen könne, welcher anführt, daß er Einreden hätte vorschützen können, welche ihn gegen die Forderung des Gläubigers auf immer geschützt haben würden. Denn Einreden müßen ja schon nach der allgemeinen Regel immer von dem bewiesen werden, der sich derselben bedient.

91) Es erhellet hieraus, daß die Leseart: vel solvisse *debita* (statt indebita) contendunt, in dem §. 2. unsers Fragments allerdings die richtigere sey, welche auch der Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 41. bestätigt, der diese Worte in seiner Sprache auf folgende Art ausgedruckt hat: ἢ φιλονεικοῦντα χρέος καταβαλεῖν.

Den Sinn dieser Stelle haben die **Basiliken**[92]) auf folgende Art ausgedruckt: *ει μέν τοι τις μὴ τὸ πᾶν λέγει καταβαλεῖν, μὴ χρεωστούμενον, ἀλλὰ μέρος, ἢ δεύτερον, ἢ παραγραφὴν ἐσχηκέναι, αὐτὸς οἷος ἂν εἴη, δείκνυσιν ὅ φησιν.* i. e. *Sin autem quis non totam summam indebitam fuisse solutam dicat, sed vel partem, vel bis idem solvisse, vel exceptionem omisisse, ipse,* QUALISCUNQUE SIT, *quod dicit probat.* Dieß sind die hier ins Kurze zusammengestellten Grundsätze des **Paulus** über den Beweis einer indebite geschehenen Zahlung.

Wenn nun aber Jemand einen bloßen Schuldschein zurückfordert, und behauptet, er sey indebite ausgestellt, so kommt es darauf an, ob darin ein bestimmter Schuldgrund (causa debendi) angegeben worden ist, oder nicht (cautio indiscreta). In dem letztern Falle muß der Gläubiger beweisen, daß eine wahre Schuld vorhanden sey. Kann er diesen Beweis nicht führen, und der Aussteller desselben läugnet die Schuld, so kann letzterer aus diesem Schuldschein nicht belangt werden. Denn die Schuld könnte ja durch eine gesetzwidrige Handlung entstanden seyn[93]). Es wird also eine Nichtschuld vermuthet, bis das Gegentheil von dem Inhaber des Schuldscheins erwiesen worden ist. In dem ersten Falle hingegen beweißt der Schuldschein so lang gegen den Aussteller, bis er durch den evidentesten Gegenbeweis dargethan hat, daß keine Schuldverbindlichkeit vorhanden sey. Nach **Paulus** soll zwar dieser Beweis durch schriftliche Urkunden geführt

92) Cit. loc. pag. 5. circa fin.

93) *L. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except.*

werden, allein nach einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian[94]) werden auch Zeugen zugelassen, wie ich schon an einem andern Orte[95]) bemerkt habe. Unrichtig aber ist es, wenn der Scholiast in den Basiliken[96]) auch hier die Eidesdelation für zuläßig halten will. Εγὼ οἶμαι sagt er, ὅτι ὥσπερ ἐπὶ τῶν ἄλλων ἐξ ἀπορίας τῶν ἀποδείξεων ὅρκος δίδοται, ὅυτως ὧδε ὀφείλει γίνεσθαι. *Ex mea sententia sicut in aliis ex inopia probationum iusiurandum datur, ita et hic fieri debet.* Diese Meinung muß auch keinen Beyfall gefunden haben. Denn Harmenopulus[97]) hat sich genau an Paulus Lehre gehalten. Εαν τις λέγῃ μὴ χρεωστῶν ποιῆσαι γραμματεῖον, καὶ ἔστιν ἀσαφὲς, ὁ λαβὼν ἀποδείκνυσι χρεωστούμενον· ἐι δὲ ῥητῶς τὰς αἰτίας ἔιποι δι'ασ" συνέγραψε τὸ χρέος, στοιχεῖν ἀναγκάξεται· εἰ μὴ προφανῶς δι' ἐγγράφων δείξει μή χρεωστῶν ὁμολογῆσαι. Ganz dem Römischen Rechte gemäß verordnet auch Pabst Gregor *IX Cap.* 14. *X. de fide instrumentor.* Si cautio, quam a te indebite proponis expositam, indeterminate loquatur: adversarius tuus tenetur ostendere debitum, quod continetur in ea. Sed si causam, propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem; confessioni tuae statur: nisi probaveris, te id indebite promisisse. Es ist jedoch hier in An-

94) *L.* 14. *Cod. de contrah. et comm. stip.*

95) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 833. S. 121. f.

96) *Basilica* Tom. III. pag. 43. Schol. X.

97) *Promptuar. iuris civ.* Lib. III. Tit. 5. nr. 74. pag. 249. in fin. et sq. ex edit. *Dionys. Gothofredi.*

sezung der wegen des Gegenbeweises zu gebrauchenden Beweismittel nichts vorgeschrieben [98]).

L. 26. PAPINIANUS *Libro vicesimo Quaestionum.*

Procula [99]) magnae quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare [100]) vellet, ex diverso autem allegaretur, numquam id a fratre quamdiu vixit [1]) desideratum, cum variis ex causis saepe (in) rationem fratris pecunias [2]) ratio [3])

98) Bey einem Schuldbekenntniß, welches über den Empfang eines Darlehns, oder einer Brautgabe ist ausgestellt worden, würde ein solcher Gegenbeweis wohl erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist, binnen welcher die exceptio non numeratae pecuniae vorgeschützt werden kann, erforderlich seyn. S. *Just.* MEIERI Ἐνδόξων Iustinianeor. Decad. VII. Cap. 8. ad h. L. § 34 — 36.

99) Der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier *cum* ergänzt werden müße. *Cod. Erlang.* lieset auch wirklich Procula *cum* magnae. etc. Eben so auch Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin und Baudoza. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 8. §. *Transeo.* hält hingegen eine solche Ergänzung nicht für nöthig, wenn man entweder das *cum*, was schon da ist, geminirt, oder Statt compensare, *cum* pensare lieset.

100) Hal. pensare.

1) Hal. und Miräus vixisset.

2) Baudoza pecuniam.

3) Für ratio will HOFFMANN in Meletemat. et Observat. ad Pand. Diss. XX. §. 3. *actor* lesen. So hieß bey

Proculae solvisset: Divus *Commodus* cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem. quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

Der griechische Scholiast in den Basiliken hat wohl nicht ganz Unrecht, wenn er seine Paraphrase mit den Worten schließt: *σημείωσαι αὐτὸ θαυμαστόν ὄν. Nota illud quod sit mirabile.* Die Procula hatte hier ein sehr ansehnliches Fideicommiß von ihrem Bruder zu fordern, mit dem sie in Rechnung stand, und auch mehrmals sich berechnet hatte. Als nach dessen Tode seine Erben auf die Bezahlung eines vielleicht noch beträchtlichen Rückstands drangen, so wollte die Procula das Fideicommiß in der Rechnung, aus welcher sie ihrem Bruder noch schuldig war, in Abrechnung bringen. Allein die Erben nahmen die Compensation darum nicht an, weil die Procula dieses Fideicommiß niemals bey Lebzeiten ihres Bruders verlangt habe, ohnerachtet sie ihm mehrere Zahlungen aus mancherley Ansprüchen geleistet hätte. Daraus wollten denn nun die Erben beweisen, sie habe das Fideicommiß ihrem verstorbenen Bruder erlassen, und könne es daher auch jetzt von dessen Erben nicht verlangen. Der Fall kam vor den Kaiser Commodus zur

den Römern der Sklave, der zur Führung der Hausrechnung bestellt war. Dieser nahm Zahlungen für Rechnung seiner Herrschaft an, und leistete Zahlungen. *L.* 12. *D. de lib. leg. L.* 4. §. 3. *D. de doli mali et met. except. L.* 94. §. 1. *D. de solut.* Allein ratio heißt hier Rechnungsführung, und ist für den Rechnungsführer gesetzt, so wie man im gemeinen Leben sagt, die Rentey, die Casse habe Zahlung geleistet.

Entscheidung, welcher die Compensation unter den vorkommenden Umständen darum nicht für zuläßig hielt, weil die Procula ihrem Bruder das Fideicommiß stillschweigend erlassen zu haben scheine. Die Gründe sind; 1) das Fideicommiß betraf eine bedeutende Summe. Es sey also nicht zu glauben, daß die Procula bey der gegenseitigen Abrechnung mit ihrem Bruder eine so große Summe mit Stillschweigen übergangen haben sollte, wenn sie nicht die Absicht gehabt hätte, solche zu erlassen. 2) Sie hat das Fideicommiß nie beym Leben ihres Bruders gefordert. Allein man könnte sagen, die Schwester habe vielleicht aus Schonung und Liebe gegen den Bruder die Auszahlung des Fideicommisses eben deswegen bey seinem Leben nicht verlangt, weil es sehr ansehnlich gewesen, um ihn mit Auszahlung desselben nicht zu belästigen. Es kam also noch 3) der Umstand hinzu, daß ihr Bruder selbst an sie zu fordern hatte. Hier hätte sie doch compensiren können; allein sie that es nicht. Hätte sie vielleicht das eine oder andere Mal vom Fideicommiß nichts in Abrechnung gebracht, so würde dieß noch nichts gegen sie beweisen. Denn sie konnte vielleicht eine Gelegenheit haben abwarten wollen, wo die Abrechnung ihrem Bruder weniger beschwerlich fallen würde. Aber sie hat 4) bey keiner Gelegenheit das Fideicommiß erwähnt, ohnerachtet sie sich mehrere Male mit ihrem Bruder berechnet, und ihm mehrere Zahlungen aus mancherley Contracten geleistet hatte. Diese Merkmale zusammengenommen schienen dem Kaiser die Vermuthung des Erlasses zu begründen. Aber es ist nicht aus der Acht zu lassen, daß es die Schwester war, welche mit ihrem Bruder in Abrechnung stand, und nicht compensirte. Ein solches Verhältniß der Schonung und Liebe, wie hier zwischen den Geschwistern, findet nicht

unter fremden Personen Statt, daß man mit Wahrscheinlichkeit die Absicht eines Schulderlasses annehmen könnte, wenn auch alle übrigen Gründe zusammentreffen sollten, wie auch Doneau [4]) sehr richtig bemerkt hat. Ja es wäre noch immer die Frage, ob nicht selbst jenes schwesterliche Verhältniß eine Gegenvermuthung begründen könnte, welche allen jenen Gründen das Gleichgewicht hielte, nämlich daß die Schwester zwar vielleicht aus Liebe gegen den Bruder die Auszahlung des Fideicommisses bey seinem Leben nicht verlangt, aber nun von dessen Erben fordere, gegen die sie nicht gleiche Zärtlichkeit fühlte. Dieser Grund der Gegenvermuthung, daß sie blos beym Leben ihres Bruders aus Schonung geschwiegen habe, wird sogar dadurch noch wahrscheinlicher, weil das Fideicommiß, wie Papinian sagt, sehr ansehnlich war, und nicht zu vermuthen ist, daß so eine große Summe durch bloßes Uebergehen mit Stillschweigen geschenkt worden sey. Mit Recht macht uns daher Cujaz [5]) darauf aufmerksam, es sey hier von keinem Beweise, sondern von einer Vermuthung die Rede, welche, wie jede andere Vermuthung, einen Gegenbeweis zulasse. Nam verbum *quasi* aut *videri*, sagt er, hoc titulo praesumtionem significat. Und ganz richtig bemerkt der griechische Scholiast in den Basiliken [6]), Nicäus: *καὶ λοιπὸν ἔνθα πρόσκειται,*

4) *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. h. de probat. Cap. 5. pag. 270. sq. Man sehe auch *Hub.* GIPHANII Lecturae altorphinae ad Tit. Dig. de donat. ad L. 31. h. tit. nr. 36. et 37. pag. 158.

5) Commentar. in libr. XX. Quaestionum Papiniani ad h. L. 26. de probat. *Oper.* a FABROTO editor. Tom. I. pag. 597.

6) Tom. III. Basilικῶν. pag. 46.

τὸ δοκεῖν, εἰ ζητεῖ δεῖξαι ὁ προλήψει λεγούμενος δωρήσασθαι, ὡς οὐ δωρούμενος παρεσιώπησεν τὸ οἰκεῖον χρέος, καὶ οὐ διὰ συγχώρησεν τοῦ οἰκείου χρέους παραδεχθήσεται. i. e. *Proinde cum additur,* VIDERI, *si is, qui praesumtione donasse dicitur, probare desideret, non donandi animo reticuisse debitum suum, neque ut illud remitteret, admittetur.* Mit Recht verwirft dagegen Ulrich Huber [7]) hier die Auctorität der Basiliken [8]), welche mit Hinweglassung der in unserm Fragment angegebenen besondern Umstände, diese Stelle ganz verstümmelt, und auf solche Art dargestellt haben, als ob sie ganz allgemein zu verstehen, und auf alle andern Personen anwendbar wäre. Sie haben nämlich unser Fragment auf folgende Art in ihre Sprache aufgenommen. Ἐὰν χρεωστούμενος παράσου ληγάτον, καὶ διαφόρως αντιχρεωστήσας σοι καταβάλω μὴ αντελλογισάμενος, κατὰ χάριν αὐτὸ δοκῶ συγχωρειν. id est: *Si creditor tuus legati nomine factus ego, et tuus legati vicissim ex variis causis debitor factus, nulla usus compensatione solvero, in tui gratiam illud remisisse videor.* Und wenn gleich der griechische Scholiast den Fall selbst aus dem lateinischen Text vollständig darstellt, so ist doch der Satz ganz unrichtig, den er daraus ableitet, wenn er sagt [9]): ὥστε σημείωσαι, ὅτι κἂν δανειστὴς καταβάλῃ τῷ ἰδίῳ χρεώστῃ τὸ χρέος, ὅπερ αὐτῷ ἐχρεώστει, δοκει συγχωρειν αὐτῷ τὸ χρεωστούμενον αὐτῷ παρ' αὐτοῦ. i. e. *Itaque nota, si*

7) Eunomia Rom. Lib. XXII. Pand. h. t. ad L. nostr. 26. de probat. §. 3. pag. 778.

8) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 26. pag. 6.

9) *Basilica* Tom. III. pag. 45. not. z.

creditor debitori suo id, quod ipse vicissim ei debebat, solverit, videtur remisisse hoc ipsum, quod illi ab isto debebatur. Wohl zu beherzigen ist daher die Warnung, welche Huber hinzufügt: Tu vero σημείωσαι, quam non sit tutum Graecis ipsisque Basilicis *indiscretam* habere fidem [10]).

L. 27. Scaevola *Libro trigesimo tertio Digestorum.*

Qui testamentum faciebat, ei qui usque ad certum modum capere potuerat [11]), legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est. *Titio centum do lego, quae mihi pertulit* [12]). *quae ideo ei non cavi* [13]), *quod omnem fortunam* [14]) *et substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui* [15]) *sine nulla cautione. Item eidem Titio reddi*

10) Man vergleiche noch, was schon an einem andern Orte, im 15. Th. dieses Commentars §. 935. über die *L.* 26. *D. h. t.* gesagt worden ist.

11) *Cod. Erl.* poterat. Eben so Haloander, Chevallon, Merlin und Baudoza.

12) *Pertulit* i. e. quae apud me esse sivit, nec a me repetiit. Budaeus Annotatt. prior. et posterior. in Pand. ad h. L. fol. 197. b.

13) *Cod. Erl.* quae ideo non cavi ei.

14) Haloand. und Miräus omnes fortunas.

15) *In sinu meo habui* id est, in occulto et in potestate mea habui; Budaeus Annotat. cit. pag. 197. oder tacite custodivi et fovi. *Scip.* Gentilis Parergor.

et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex reditibus praediorum eius, quorum ipse fructum[16]) *percepi, et distraxi: item de calendario*[17]) *si qua a matre receperat Titius, in rem meam converti.* quaero, an Titius ea exigere potest. respondit[18]), si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem[19]) pervenisse probare potuerit, exigi[20]). videtur[21]) enim eo[22]) quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec[23]) in testamento adiecisse[24]).

ad Pand. Lib. I. cap. 23. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag 1296. sq.) Die Alten pflegten ihre Kostbarkeiten in ihrem Busen zu verbergen, und mit sich herumzutragen. *L. 6. D. de bonis damnator.* und SENECA *Lib. XXI. Epist.* 120. Daher sagt man metaphorisch in sinu suo habere, etwas in seiner Gewahrsam verbergen. Der griechische Scholiast Tom. III. *Basilicorum* pag. 47. not a. sagt: εἰς τὰς ἐμὰς ἐπίστευσε χεῖρας, i. e. *in manus meas credidit.*

16) Chevallon fructus.

17) *Cod. Erl.* ex Kalendario. Was *Calendarium* heißt, ist schon bey einer andern Gelegenheit im 9. Th. §. 632. S. 178. erklärt worden.

18) Hal. respondi. Eben so Baudoza.

19) *Cod. Erl.* an testatorem suum.

20) *Exigi*, id est, exigi posse oder cum effectu s. recte exigi. S. PÜTTMANN Opuscula iurid. ex Observationib. miscellan. Batav. coll. (*Halae* 1782.) p. 154.

21) Haloand. videri. Eben so Baudoza.

22) *Cod. Erl.* ex eo. Eben so Chevallon.

23) Hal. hoc.

24) *Cod. Erl.* adjecisse in testamento.

Scävola redet hier von einem solchen Falle, wo Jemand nur bis auf eine gewisse Summe im Testament bedacht werden konnte. Zu seinen Zeiten waren dieses vorzüglich Eheleute, welche in einer kinderlosen Ehe lebten. Diese konnten einander nur den zehnten Theil ihrer Güter im Testament hinterlassen, und von dem, was ihnen in dem Testament Anderer war hinterlassen worden, konnten sie nur die Hälfte erhalten. So verordnete die Lex Iulia et Papia Poppaea [25]), und es ist wohl viel wahrscheinlicher mit Gerhard Noodt [26]) und Ramos Del Manzano [27]) anzunehmen, Scävola habe dieses Gesetz im Sinne gehabt, als wenn man ihn mit Em. Merille [28]) von der Lex Cincia verstehen wollte. Ulpian läßt fast keinen Zweifel übrig, wenn er in einer Stelle, welche aus dessen *Libro VIII. ad Legem Iuliam et Papiam* genommen ist, sagt [29]): Quod condicionis implendae causa datur, licet non ex bonis mortui proficiscitur, capere tamen supra modum non poterit is, *cui certum modum ad ca-*

25) ULPIAN. Tit. XV. et XVI. in HUGO *iur. civ. Antejust.* Tom. I. pag. 45. et 46. SOZOMENUS *Histor. Eccles.* Lib. I. cap. 9. S. *Guid.* PANCIROLUS Thesaur. variar. Lection (*Lugd.* 1617.) Lib. II. cap. 230. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS Commentar. ad Leg. Juliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 14. und cap. 21. §. 3.

26) Commentar. ad Dig. h. t. §. Tertia. Tom. II. *Oper.* pag. 477.

27) Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 34. (in *Ger.* MEERMAN. *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 504.)

28) Observation. Lib. VIII. cap. 21.

29) *L. 36. D. de mortis causa donation.*

piendum Lex *concessit.* Die lex Cincia galt zwar allerdings noch zu Scävola's Zeiten [30]); denn noch lange nach ihm schrieb ja Paulus seinen liber singularis ad legem Cinciam [31]). Allein dieses Gesetz ging die Person des Donatars gar nichts an, sondern betraf blos die Form; es sollten nämlich Schenkungen über eine gewiße Summe hinaus nur durch Mancipation, in iure cessio, oder Tradition Gültigkeit erlangen können [32]). Die lex Iulia und Papia hingegen schloß gewisse Personen von Erbschaften ganz aus, welchen man auch nichts vermachen noch von Todeswegen schenken konnte. Dieß waren die caelibes, welche nur von Verwandten erben konnten [33]). Andere konnten der Ehe wegen nicht das Ganze erhalten, was ihnen in Testamenten Anderer hinterlassen worden. Dieß waren kinderlose Ehegatten, (orbi) bey welchen aber auch die Verwandtschaft bis zum sechsten Grade eine Ausnahme machte [34]). Diese wurden also 1) darin milder behandelt, als die Ehelosen, daß ein gewisses Alter vorgeschrieben war, nach welchem erst die Folge der Orbität eintreten sollte, nämlich wenn der Ehemann das 25ste, die Frau aber das 20ste Jahr

30) S. *Frid.* Brummer Comment. ad Legem Cinciam Cap. XII. nr. 14. in *Opusc.* pag. 191.

31) Daraus ist *L.* 29. *D. de Legib.* genommen, wie die Inscription beweist.

32) S. von Savigny über die lex Cincia, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensch. 4. Band S. 17. ff.

33) S. Panzirolus c. l. pag. 405. und Heineccius c. l. Lib. II. cap. 21. §. 2. pag. 340. sqq.

34) Heineccius c. l. §. 3. pag. 343. sqq.

bereits überschritten hatte; und dann konnten sie 2) doch wenigstens die Hälfte von dem erhalten, was ihnen in Anderer Testamenten war hinterlassen worden, ob sie gleich einander mehr nicht als den zehnten Theil auf den Todes-Fall zuwenden konnten [35]). Was solchen Personen darüber hinaus war hinterlassen worden, nahm der Fiskus weg [36]). Es gab indessen zwey Wege, dieser Confiscation auszuweichen. Erstens, wenn die Formel war gebraucht worden: *Quantum plurimum per Legem accipere potest, dari volo*, oder *Quam maximam partem possum, damnas esto heres meus ei dare* [37]). Zweytens, wenn der orbus das, was ihm hinterlassen worden, einem Andern wieder abtreten sollte [38]). Da

35) Ulpian. *Fragm.* Tit. XVI. welcher jedoch mehrere Ausnahmen anführt. Der decima gedenkt auch unser Scävola selbst *L.* 18. *pr. D. de auro, arg. mundo leg.* Daß aber die Frau noch mehr, als die decima, in dem Falle erhalten konnte, von welchem Scävola daselbst spricht, hatte unstreitig in einer von diesen Ausnahmen seinen Grund. S. *Marc. Vertran.* Maurus de iure liberorum. Cap. IV. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag 979.)

36) Ulpian. Fragm. Tit. XVII.

37) *L.* 51. *pr. D. de legat. II.* S. Heineccius cit. Comment. Lib. II. cap 21. §. 3. pag. 344.

38) *L.* 42. *D. de legat. II.* Javolenus *libro XI. Epistolarum:* Cum ei, *qui partem capiebat*, legatum esset, ut alii restitueret: placuit solidum capere posse. — *L.* 28. *D. de legat. III.* Paulus *libro sing. ad SCtum Tertull.* Si fidei meae committatur. ut quod mihi relictum fuerit *supra quod capere possum*, alii restituam: posse me id capere constat. Heineccius c. l. Lib. II. cap. 14. §. 2. pag. 262.

der Kaiser Constantin der Große das dem Cälibate und der Orbität so gehäßige Gesetz gänzlich aufgehoben hat [39]); so fällt zwar jetzt alle Beziehung unsers Fragments auf die Lex Iulia et Papia weg. Es verliert indessen seine Anwendbarkeit nicht, wenn irgend noch ein neueres Gesetz die Erbfähigkeit einer Person nur auf einen gewissen Theil oder Summe beschränken sollte. Cu-

39) *L. 1. Cod. Theod. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis* (VIII. 16.) in HUGO *iur. civ. antejust.* Tom. I. pag. 623. sq.) Gleichen Inhalts ist zwar die *L. 1. Cod. Iust. de infirmand. poenis caelibatus, orbitatis, et de decimariis sublatis;* allein verschieden ist die Inscription und Subscription. Die Verordnung im Theodosianischen Codex hat die Inscription: *Imp. Constantinus A. ad populum,* und ist datirt: *Pridie Kal. Febr. Serdicae PP. Kal. April. Romae Constantino A. VI. et Constantio Conss.* [320.] die Constitution im Justinian. Codex hat die Inscription *Imppp. Constantinus, Constantius* et *Constans AAA. ad populum,* und folgende Subscription: *Dat. Kal. April. Romae Constantio 2. et Constante AA. Coss.* also im Jahr Christi 339. Daß Kr. Constantin der Große der Urheber jener Constitution im Theodosianischen Codex sey, lassen die Zeugnisse eines EUSEBIUS *in vita Constantini M.* Lib. IV. cap. 26. und SOZOMENUS *in Hist. Eccles.* Lib. I. cap. 9. nicht bezweifeln. Es ist aber auch nicht zu glauben, daß Tribonian die Inscription und Subscription der Constitution verfälscht haben sollte. Wahrscheinlich ist es daher, was HEINECCIUS in Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Lib. II. cap. 21. §. 4. pag. 345. behauptet, daß Constantins Söhne das Gesetz erneuert haben.

jaz[40]) führt das Beyspiel von einem natürlichen Kinde an. Hodie autem, sagt er, *filius naturalis* non potest solidum capere ex testamento patris, sed tantum unciam, si scilicet extant legitimi liberi. Eben dieses Beyspiels bediente sich auch schon vor ihm der griechische Scholiast[41]). *Τελευτῶν τις κατέλιπε φανερὰν χρυσίου ποσότητά τινι, ἧς ὑπὲρ τὸ μέτρον λαβεῖν οὐκ ἠδυνάτο. Θὲς γὰρ αὐτὸν ὄντα νόθον ὑιον τοῦ τεστατωρος.* i. e. *Quidam decedens certam auri quantitatem cuidam reliquerat, supra quam capere non poterat: finge eum testatoris filium naturalem esse.*

Scävola trägt nun folgenden Fall vor. Es hatte Jemand ein Testament gemacht, und darin einer Person, der er nicht sein ganzes Vermögen hinterlassen konnte, soviel vermacht, als das Gesetz ihr zu vermachen erlaubte. Dieß nennt hier Scävola *legare licitam quantitatem;* und den Legatar selbst bezeichnet er so: *qui usque ad certum modum capere potuerat.* Das Wort *capere* druckt aber nicht nur jede Art der Erwerbung auf den Todesfall aus[42]), sondern schließt auch den Effect in sich, daß der Empfänger dasjenige, was ihm auf den Todes-Fall ist zugewendet worden, behalten solle. Soll er es wieder an einen Andern restituiren, so heißt das nicht

40) Recitation. solemn. ad diversos Titulos Pandectar. in Comm. ad L. 27. D. h. t. (*Oper. postumor.* a Fabroto *editor.* Tom. IV. P. I. pag. 922. sqq.)

41) *Basilica* Tom. III. pag. 47. Schol. a.

42) S. Brissonius de Verbor. iuris Signif. voc. capere und Heineccius in Comm. cit. Lib. II. cap. 14. §. 2. pag. 261. sq.

capere, sondern *accipere*, wie uns Ulpian[43]) lehrt, und dann unterlag auch ein solches Legat nicht mehr dem gesetzlichen Verbote, es mochte so beträchtlich seyn, als es wollte[44]). Was außer der erlaubten Summe einer solchen Person als eine ihr gebührende Schuld war vermacht worden, z. B. als ein Depositum, Anlehn, oder verdienter Lohn, kam gleichfalls nicht in Berechnung[45]).

In dem Falle, den Scävola erzählt, hatte nun der Testator noch Folgendes beygefügt: dem Titius vermache ich auch diejenigen 100. die er mir anvertrauet hat[46]) und worüber ich ihm darum keinen besondern Schuldschein ausgestellt habe, weil ich sein ganzes mütterliches Vermögen zu verwahren, und zwar solches ohne alle Sicherheitsleistung bey mir gehabt habe. Ferner will ich auch, daß demselben Titius aus meinem Vermögen wiedergegeben und bezahlt werden sollen, diejenigen 150. welche ich aus dem Er-

43) *L. 71. princ. D. de Verb. Signif.* Aliud est CAPERE, aliud ACCIPERE. *Capere* cum effectu accipitur: *accipere*, etsi quis non accepit, ut habeat ideoque non videtur quis *capere*, quod erit restiturus: sicut *pervenisse* proprie illud dicitur, quod est remansurum.

44) Man sehe die in der Not. 38. citirten Gesetzstellen.

45) *L. 37. §. 6. D. de legat. III.* HEINECCIUS in Comm. cit. pag. 262. und Westphal's Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 42.

46) Der Scholiast der Basiliken Tom III. pag. 47. erklärt die Worte: *quae mihi pertulit* so: *ἅ τινά μοί δέδωκε, καὶ ἐπίστευσεν.* i. e. *quos mihi dedit, fideique meae commisit.*

trage seiner Grundstücke, von denen ich die Früchte gezogen und veräußert habe, desgleichen von den Kapitalien, welche dem Titius von seiner Mutter zugekommen waren, in meinen Nutzen verwendet habe.

Es entstand nun die Frage, ob Titius das alles, was ihm, ausser der licita quantitas, war vermacht worden, fordern könne? Hat die Schuld, zu welcher sich hier der Testator bekannt hat, ihre Richtigkeit; so ist wohl das Forderungsrecht des Titius keinem Zweifel unterworfen. Allein das bloße Bekenntniß des Testators beweist die Richtigkeit der Schuld noch nicht, sondern Titius muß auf andere Art beweisen, daß der Testator wirklich das alles aus seinem Vermögen gezogen und erhalten habe, was er in seinem Testament angegeben hat. Das bloße Bekenntniß des Testators beweist hier darum nichts, weil man vermuthet, es werde zur Hintergehung des Gesetzes geschehen seyn, um dem Legatar auf solche Art mehr zuzuwenden, als ihm vermacht werden durfte [47]). Einen ähnlichen Fall hat unser Scävola *libro XVIII. Digestorum* [48]) angeführt. Titia, sagt er daselbst, honestissima femina, cum negotiis suis opera Callimachi semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu sua ita cavit: *Τιτία διεθέμην, καὶ βούλομαι δοθῆναι Καλλιμάχῳ μισθοῦ χάριν δηνάρια μύρια. (Titia constitui darique volo Callimacho mercedis loco decem milia denarium.)* Quaero an haec pecunia ex causa mer-

47) S. *Franc.* Duarenus ad h. Tit. Cap. 3. *Operum* pag. 937.

48) *L.* 37. §. 6. *D. de legat. III.*

cedis ab heredibus Titiae exigi possit? Respondi, non idcirco, quod scriptum est, exigi posse in fraudem legis relictum. Es ist nur hier von einer solchen Person die Rede, welche aus eines Andern Testamente gar nichts erhalten konnte. Es war vielleicht ein caelebs. Ihm wird nun zwar die Forderung nicht abgesprochen, wenn er den ihm vermachten Lohn wirklich verdient hat. Er kann ihn nur nicht aus dem Testamente fordern, weil man das Legat unter den vorliegenden Umständen als ein solches ansieht, was in fraudem legis hinterlassen worden ist. Er muß also die Richtigkeit seiner Forderung auf andere Art beweisen.

L. 28. Labeo *Libro septimo* [49]) *Pithanon a Paulo epitomatorum.*

Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est: an aliquis meminerit id opus factum esse. *Paulus:* immo cum in arbitrio [50]) quaeritur, memoria facti operis exstet, nec ne: non hoc quaeritur, num aliquis meminerit quo die aut quo consule factum sit [51]). sed num hoc aliquo modo probari possit,

49) Haloand. Libro VIII.

50) Hal. Miräus, Chevallon, Merlin und Baudoza *ab arbitro.* Torelli bemerkt in seinen der florentinischen Ausgabe voranstehenden Adnotatis, in den Pandecten stehe in arbitro, er habe aber die Leseart eines andern alten Manuscripts vorgezogen.

51) *Cod. Erl.* factum est. Eben so Chevallon.

quando [52]) id opus factum sit. et hoc ita [53]) quod Graeci dicere solent [54]). EN ΠΛΑΤΕΙ [55]) enim potest hoc memoria non teneri [56]). intra annum, puta, factum. cum interim nemo sit eorum qui meminerit quibus consulibus id viderit. sed cum omnium haec est opinio, nec audisse nec vidisse cum id opus fieret: neque ex eis [57]) audisse [58]), qui [59]) vidissent aut audissent. et hoc infinitè similiter susum versum [60]) accidet [61]): cum memoria operis facti non exstaret [62]).

52) Hal. quam pridem.

53) Hal. und Mir. et ita hoc.

54) *Cod. Erl.* quod graece dici solet. Das Griechische selbst ist ganz unverständlich. Cheval. et ita hoc Graeci ἐν πλάτει dicere solent. Baudoza et hoc Graeci ἐν πλατει (id est latius et inobservatis iuris angustiis) dicere solent. Die verschiedenen Lesearten anderer Handschriften führt Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe an.

55) *Cod. Erl.* hat enim nicht.

56) Hal. potest enim hoc memoria teneri, non intra annum puta factum. Eben so Miräus. Allein Chevallon potest enim hoc memoria teneri, mit Hinweglassung der Negation. Eben so Baudoza.

57) Hal. ex his.

58) *Cod. Erl.* vidisse. Eben so Cheval. u. Baudoza.

59) Chevallon qui *id* vidissent.

60) *Cod. Erl.* Sursum versum. Eben so Hal. Miräus, Baudoza und Gothofred. Sursum versus Chevallon und Merlin. Die Torellische Leseart haben hingegen Russard, Charondas, Hugo a Porta, und Gebauer. In der Pariser Ausgabe von 1576

Dieses Fragment ist eine der schwierigsten Stellen in unserm Titel, weil die Leseart desselben sehr streitig ist. Abgesehen von den bereits in den Noten angeführten Varianten, haben Wilhelm Budäus [63]), Jacob Rävard [64]), und Joh. Gottl. Heineccius [65]) mancherley Verbesserungen versucht. Letzterer gerieth deshalb in Streit mit Pagenstecher, welchen die zwischen beyden gewechselten epistolae amoebaeae enthalten. Das Fragment selbst bezieht sich auf die actio aquae pluviae arcendae, wie Cujaz [66]) und auch schon vor ihm Azo bemerkt hat. Es wird auch dasselbe in dem Titel der Pandecten, welcher von dieser Klage handelt, nochmals angeführt, wo jedoch das alles dem Labeo zugeschrieben wird, was in unserer Stelle als Note des Paulus zu Labeo so genau unterschieden worden ist, und zwar ist dieses in einer selbst aus des Paulus *Libro XLIX. ad*

apud Sebast. Nivellium wird sogar der Leseart sursum versum wegen *L.* 9. *D. de divort.* und *L.* 10. §. 9. *et* 12. *D. de gradib.* der Vorzug gegeben.

61) *Cod. Erl.* accidit tunc. Hal. und Mir. accideret. Chevall. Merlin und Baudoza acciderit.

62) Hal. tum memoria facti operis non exstaret. Chevallon, Merl. und Baud. tum memoriam operis facti non extare.

63) Annotation. priores et posterior. in Pand. ad h. L. fol. 197. b. in fin.

64) Varior. s. de iuris ambiguitatib. Lib. I. cap. 14. (*Oper. Lugd.* 1623. *editor.* pag. 457. sq.)

65) Opuscul minor. (*Amstelod.* 1738. 8.) pag. 71—74.

66) Recitation. solemn. ad diversos titulos Pandectar. ad h. L. 28. (*Operum postumor.* a *Fabroto* editor. Tomi IV. P. I. pag. 923.)

Edictum genommenen Stelle geschehen. Die Stelle ist *L.* 2. §. 8. *D. de aqua et aquae pluviae arcendae,* welche folgendermassen lautet: Idem *Labeo* ait, cum quaeritur, an memoria exstet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere si quis sciat factum: hoc est, si factum esse non ambigatur: nec utique necesse est, superesse, qui meminerint, verumetiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. Man hat nicht Ursach sich darüber zu verwundern, da es beym Paulus gar nicht ungewöhnlich ist, dem Labeo selbst die Meinung in seinen Commentaren über das Edict zuzueignen, welche er in seinen Noten zu den von ihm epitomirten libris Pithanon berichtiget hatte [67]). Es ist überhaupt nichts Seltenes, daß die Noten der Rechtsgelehrten, welche über die Schriften Anderer commentirt haben, in den Gesetzen der Pandecten mit dem Text verwechselt werden, wovon Anton Augustin [68]) und Everh. Otto [69]) mehrere Beyspiele gesammelt haben.

Ehe ich jedoch zur Erklärung des Gesetzes selbst schreite, wird es nicht ohne Nutzen seyn, die Erklärungen der Griechen vorausgehen zu lassen, welche von den Auslegern hier noch gar nicht benutzt worden sind. Er-

67) Ein merkwürdiges Beyspiel führt *Ger.* Noodt de forma emendandi doli mali. Cap. 2. in fin (*Oper.* Tom. I. pag. 355.) aus *L. ult. D. Si servit. vindicet.* verglichen mit *L.* 10. *D. de Servitut. praedior. rusticor.* an.

68) Emendation. et Opinion. Lib. I. cap. 6.

69) Papinianus. Cap. XIII. §. 6. pag. 452.

stens die *Basilica* [70]) selbst liefern uns von unserm Fragment nur folgenden Auszug.

Λαβ. Οτε περὶ καινοτομίας κτίσματος, ἢ ὅρων γίνεται ζήτησις, οὐκ ἀπαιτοῦμεν τοὺς περιόντας εἰδέναι πάντως ἐπὶ ποίων ὑπάτων ἢ πότε γέγονεν, ἀλλ' εἰ ἀκηκόασι παρὰ τῶν ἐκ θέας ἐπισταμένων, ἢ ἀκουσάντων πότε τὸ ἔργον ἐγένετο. i. e. *Cum de novi operis nunciatione, vel de finibus controversia est, non exigimus, ut qui supersunt omnimodo sciant, quibus Consulibus, vel quando id factum sit, sed an ex eis audierint, qui vidissent, aut audissent, cum id opus fieret.*

Wichtiger noch ist das *Scholium* [71]) zu diesem Gesetz, wo, wie in unserm Text, die Meinung des Labeo und Paulus genau unterschieden wird. Es lautet folgendermassen.

Λέγει ὁ Λαβεών· ἐὰν ὁ δικαστὴς ζητῇ τοῦ ἔργου γενομένου τὴν μνήμην, τοίχου τυχὸν, ἢ ἑτέρου τοιούτου, ὀφείλει τούτων πυνθάνεσθαι πρὸς ἀπόδειξιν, ὅι τινες μέμνηνται ὅτε τὸ ἔργον γεγένηται. Ταῦτα μὲν οὖν ὁ Λαβεών. Ὁ δὲ Παῦλος νοτεύων αὐτὸν οὕτω φησίν. ἡνίκα ζητεῖ δικαστὴς, πότερον δείκνυται ἡ μνήμη τοῦ γενομένου ἔργου, ἢ τοὐναντίον, οὐ τοῦτο ὀφείλει πολυπραγμονεῖν, εἰ ἆρά τις μνημονεύηται ἐν ποίᾳ ἡμέρᾳ, ἢ ἐν ποίῳ ὑπάτῳ γεγένηται τὸ ἔργον, ἀλλ' εἰ δυνατόν ἐστιν οἱῳδήποτε τρόπῳ δειχθῆναι τοῦτο, καὶ μὴ μόνον πυνθάνεσθαι τῶν ἑωρακότων, ἀλλ' εἰς πλάτος ἀνάγειν αὐτόν. εἰ καὶ

70) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 28. pag. 6.

71) S. *Scholia Basilicor.* Tom. III. pag. 47. lit. b.

ἔστιν ὅτε συμβαίνει πολλάκις καὶ εἰς πλάτος ἀνάγειν αὐτὸν τὸν δικαστὴν, καὶ ὅμως τὴν μνήμην, ἤτοι τὸν χρόνον μὴ καταλαμβάνειν τοῦ ἔργου, περὶ οὗ ἡ ζήτησις γυμνάζεται παρ' αὐτοῦ. ὑπόθου γὰρ ἐντὸς ενιαυτοῦ γεγενῆσθαι τὸ ἔργον, ὅτε μηδείς ἐστι τῶν θέᾳ παραλαβόντων τὸ ἔργον γινόμενον, ἀλλ' ὅτε τῆς αὐτῆς ἐχούσης δόξης τε καὶ ὑπονοίας, καὶ οὐθείς ἐστιν ἀκηκοὼς ἢ θεασάμενος πότε τὸ ἔργον γεγένηται, οὔτε μὴν ὁ περ' ἑτέρου τινός ἀκηκοὼς, θέᾳ τυχὸν, ἢ καὶ ἀκοῇ παραλαβόντος τὸ ἔργον. τοῦτο δὲ συμβαίνει πολλάκις κἂν εἰς ἀπέραντον ἀνάγῃ τις ἑαυτὸν, ὅτε χρόνος ἤτοι ἡ μνήμη τοῦ γενομένου ἔργου μὴ δείκνυται. συνελόντα τοίνυν εἰπεῖν ἐὰν ζητῇ δικαστὴς τοῦ γενομένου ἔργου τὴν μνήμην, ὀφείλει μὴ μόνον τῶν θέᾳ παραλαβόντων τὸ ἔργον πυνθάνεσθαι, ἀλλὰ γὰρ κἀκείνων τῶν παρ' ἑτέρου τινὸς θέᾳ τυχόν ἢ ἀκοῇ παραλαβόντων τὸ ἔργον ἀκηκοότων. i. e. LABEO ait: Si iudex quaerat operis facti memoriam, parietis forte, vel alterius eiusmodi, ad probationem eos interrogare debet, qui meminerint id opus factum esse. Haec quidem LABEO. PAULUS eum notans sic ait: Cum iudex quaerit, num probari possit memoria facti operis, nec ne, non debet diligentius inquirere, num aliquis meminerit, quo die aut quo Consule opus factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, et non solum interrogare de his quae viderint, sed libere et latius exquirere: quamquam et in iudicis latiore indagatione plerumque accidit, ut memoria, sive tempus operis, de quo apud eum quaestio exercetur, non teneatur: finge enim intra annum opus factum, cum nemo est, qui viderit, cum id opus fieret: sed cum omnium haec est opinio, nec ullus est, qui audierit, aut

viderit, cum id opus fieret, nec ex iis audiverit, qui vidissent, aut audissent, cum id opus fieret. Hoc autem plerumque accidit, et si in infinitum quis se referat, cum tempus aut memoria operis facti non probatur. Ad summam si iudex facti operis memoriam investiget, debet non solum interrogare eos, qui viderunt, cum opus fieret, sed et eos, qui ex eis audierunt, qui viderunt, aut audierunt.

Paulus berichtiget also hier eine Meinung des Labeo, welche dieser in seinen *Libris πειϑανῶν seu pithanon* gelehrt hatte. Πειϑανα bedeutet eigentlich soviel als *probabilia s. verisimilia.* Soviel sich aber aus den Fragmenten ersehen läßt, welche theils aus diesen Büchern rein, theils mit des Paulus Noten aus dessen Epitome in die Pandecten aufgenommen worden sind [72]; so stellte er darin in jeder Rechtsmaterie einige Regeln und gemeine Rechtssätze auf, wodurch der Leser in den Stand gesetzt werden sollte, in jedem vorkommenden streitigen Rechtsfalle zu beurtheilen, was in Ansehung desselben der Wahrscheinlichkeit nach Rechtens seyn müsse [73]). Weil nun aber freylich diese Regeln auch zuweilen in diesem und jenem Falle ihre Ausnahmen litten; so fühlte Paulus, nach der Gewohnheit der römischen Rechtsgelehrten des damaligen Zeitalters, über die Schrif-

72) S. *Abr.* Wieling Iurisprud. restituta. T. I. p. 84—86.

73) S. *Jac. Phil.* D'Orville Diss. ad L. 65. π. de adquir. rer. dom. *Lugd. Batav.* 1721. Cap. I. pr. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 280.) und Neuber die jurist. Classiker. 1. Th. S. 21. und S. 88.

ten Anderer zu commentiren, den Beruf in sich, diese Bücher des Labeo theils zum gemeinnützigern Gebrauche ins Kurze zusammenzuziehen, theils aber auch sowohl die zu allgemein aufgestellten Regeln durch beygefügte Ausnahmen näher zu bestimmen und zu beschränken, als auch die gar zu eng gefaßten zu ergänzen und zu erweitern, nicht minder dasjenige, was ihm offenbar unrichtig zu seyn schien, zu berichtigen. Dieß ist es, was Paulus durch das Wort IMO anzeigen will, dessen er sich sowohl in unserm Fragment, als in allen übrigen bedient, welche aus des LABEONIS *libris Pithanon a Paulo epitomatorum* in die Pandecten sind aufgenommen worden [74]).

Die actio aquae pluviae arcendae, welcher unser Fragment eigentlich angehört, ob es wohl in den Basiliken von der novi operis nunciatio, und dem iudicio finium erklärt wird, geht auf die Abwendung eines Schadens, welchen ich von einer auf meines Nachbars Grunde befindlichen Anlage zu besorgen habe, sie sey nun entweder wider meinen Willen und Recht von Menschen Händen gemacht, oder durch Vernachläßigung meines Nachbars, wenn sie auch ursprünglich mit Recht gemacht war, in einen Zustand gerathen, in welchem sie meinem angränzenden Feldgute Schaden bringen kann, weil nun das Regenwasser einen andern Ablauf nimmt. Diese Klage stammt aus den Gesetzen der zwölf Tafeln her. Pomponius bemerkt nämlich aus Labeo [75]), die Alten hätten die Worte des Gesetzes der 12. Tafeln: *Si*

74) S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. III. c. 6. et cap. 12.

75) *L. 21. D. de Statuliberis.*

aqua pluvia nocet, so erklärt, si nocere poterit. Pomponius[76]) nennt daher auch diese Klage eine actio legitima[77]). Daß sie die Abwendung eines zu besorgenden Schadens zum Zweck hat, lehrt Paulus[78]). Denn ist schon Schaden durch die Anlage geschehen, so findet nicht diese Klage, sondern das Interdictum quod vi aut clam Statt[79]). Die actio aquae pluviae arcendae ist nun vorzüglich in zwey Fällen begründet, 1) wenn durch ein aufgerichtetes oder eingerissenes Werk auf dem Privat-Feldgrundstück meines Nachbars der Lauf des

76) *L.* 22. §. 2. *D. de aqua et aquae pluviae arcendae.*

77) Der Prätor nahm sie nachher auch in sein Edict auf. Daher haben Ulpian und Paulus in ihren Commentaren über das Edict von der actio aquae pluviae arcendae gehandelt, wie aus der Inscription der meisten Fragmente des Tit. 3. Lib. XXXIX. Pand. erhellet. S. *Jo. Ortw.* Westenberg de causis Obligationum Diss. IX. Cap. III. §. 2. und *Eiusd.* Princip. iuris sec. ord. Dig. Tit. de aqua et aquae pluviae arc. §. 2.

78) *L.* 14. §. 2. *D. eodem.* In hoc iudicium, sicut in damni infecti, *futurum damnum* venit. Eben dieses bestärkt auch Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. eodem.* Haec autem actio locum habet *in damno nondum facto*, opere tamen iam facto: hoc est, de eo opere, *ex quo damnum timetur:* totiensque locum habet, *quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est:* id est, *cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret:* si forte immittendo eam aut maiorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Add. *L.* 11. §. 3. *in fin. D. eodem.*

79) *L.* 14. §. 3. *D. eodem.* De eo, quod ante datum est, *quod vi aut clam* agendum est.

Regenwassers zum besorglichen Nachtheile meines Feldgrundstücks wider meinen Willen, und ohne dazu berechtiget zu seyn, verändert worden ist[80]. 2) Wenn durch unterlassene Erhaltung einer schon auf dem eigenen Grunde meines Nachbars vorhandenen Anlage in ihrem ursprünglichen Zustande, z. B. durch unterlassene Reinigung eines verschlämmten Wassergrabens, oder durch unterlassene Wiederherstellung eines durch die Gewalt des Wassers weggerissenen Dammes ein Schaden für mein Feldgrundstück durch Regengüße zu besorgen ist[81]. In dem letztern Falle ist die Klage begründet, etiamsi memoria eius rei non exstat, und wenn auch die Anlage blos zum eigenen ökonomischen Nutzen des Grundstücks da wäre, auf welchem sie sich befindet[82]. Nicht so in jenem ersten

80) *L.* 1. § 1. *et* §. 22. *D. h. t.*

81) *L.* 2 §. 1. 4. 5. *et* 6. *D. eodem.* Hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manufactis, *verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sunt*, so schreibt Namusa, wie uns Paulus in dem angef. §. 6. *L.* 2. *cit.* berichtet.

82) *L.* 2. §. 1. *D. eod.* Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, *nec memoriam exstare, quando facta est:* hanc inferior vicinus non purgabat: sic fiebat, ut ex restagnatione eius aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, *aquae pluviae arcendae* cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere. — *L.* 2. §. 4 *eod* Apud Atejum vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, *sive extet fossae memoria, sive non extet:* quod et ipse puto probandum. Paulus stimmt also hierin dem Attejus bey. — *L.* 2. §. 5.

Falle. Dort schließt ökonomischer Gebrauch, den die von menschlicher Hand gemachte Anlage bezweckte, so wie das Vorhandenseyn eines Werks über Menschen Gedenken die Klage aus [83]. Nur in jenem ersten Falle gehört es also zur Begründung der Klage, daß das opus manu factum ein solches sey, cuius memoria exstat. Dieß war vermuthlich der Zusammenhang, in welchem Labeo zu der Frage veranlaßt wurde, worauf der Richter bey der actio aquae pluviae arcendae die Untersuchung, an operis facti memoria extet, zu richten habe, und welche er durch den in unserm Fragment aufgestellten Satz zu beantworten sucht, wie aus der Verbindung mit *L.* 2. §. 8. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* erhellet. Eben diesen Zusammenhang hat auch Cujaz [84]) ganz richtig bemerkt.

eod. Item Varus ait, aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae dejecit: per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. — Labeo autem, si manufactus sit agger, *etiamsi memoria eius non extat*, agi posse, ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, *sed ne noceat*, aut interpellet facientem, quod iure facere possit. —— *L.* 2. §. 7. — Plane si fossam iure factam, *aut cuius memoria non extat*, agi tecum posse *aquae pluviae arcendae*, ut reficias.

83) *L.* 2. §. 3. *D. eodem.* Cassius autem scribit, si qua opera aquae mittendae causa publica auctoritate facta sint: in *aquae pluviae arcendae actionem* non venire: in eademque causa esse ea, *quorum memoriam vetustas excedit.*

84) Commentar. in Librum XLIX. Pauli ad Edictum: ad L. 2. D. de aqua et aquae pluv. (Oper. postum. a *Fabroto* editor. Tom. II. pag. 702.)

Labeo nennt hier den Richter arbiter. So werden in dem Römischen Rechte die Richter genannt, welche in den iudiciis bonae fidei und arbitrariis gegeben wurden, weil hier der Richter freiere Hände hatte, und auch da, wo ihm Gesetze verließen, nach der Billigkeit sprechen konnte [85]). Daß bey den actionibus arbitrariis, oder, wie Cicero [86]) sagt, bey den *arbitriis*, in quibus additur, *ex fide bona*, die iudices insonderheit *arbitri* genennt wurden, giebt schon der Name dieser Klagen zu erkennen. Die actio aquae pluviae arcendae war aber eine solche Klage. Denn Paulus [87]) nennt sie *arbitrium aquae pluviae arcendae*, und nach der Torellischen Leseart, welche auch, wie Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe bemerkt, mehrere alte Codices für sich hat, wird sie in unserm Text eben so genennt. Es ist noch merkwürdig, was Cicero [88]), wahrscheinlich in Beziehung auf die Gesetze der zwölf Tafeln, sagt: *Aqua pluvia, manu nocens, iubetur ab arbitro coerceri.* Kein Wunder, wenn daher auch Alfenus [89]) den Richter bey dieser Klage *arbitrum aquae pluviae arcendae* nennt.

85) Cicero *de Officiis* Lib. III. cap. 17. Festus voc. *Arbiter.* Iustinian. §. 30. *I. de action.* S. *Jo.* Hor Diss. de iudicibus a Praetore et Provinciar. Rectoribus ad causas privatas diiudicandas dari solitis. Cap. 3. §. *Videamus de arbitris.* (in Ger. Oelrichs Thes. novo Dissertation. Belgicar. Vol. I. Tom. II pag. 543.)

86) *De officiis* Lib. III. cap. 17.

87) *L.* 23. §. 1. *D. de aqua et aquae pluv. arc.*

88) *Topica ad Trebatium.* Cap. 9.

89) *L.* 24. *D. de aqua et aquae pluv. arc.*

Labeo gab nun die Regel, der arbiter solle bey der Untersuchung, ob die Zeit, da die Anlage gemacht worden, über deren Schädlichkeit für sein Feld-Grundstück der Nachbar Klage erhoben hat, auszumitteln sey [90])? sich erkundigen, ob etwa Zeugen vorhanden sind, die sich erinnern können, wenn jenes schädliche Werk gemacht worden sey. Paulus findet aber diese Regel nicht befriedigend. Wenn bey der actio aquae pluviae arcendae, sagt er, um den Labeo zu recht zu weisen, darüber gestritten wird, ob das Werk bey Menschen Gedenken da gewesen sey, oder nicht?, und ob daher die Klage Statt finde oder nicht? so sey nicht gerade davon die Frage, ob sich Jemand erinnere, an welchem Tage und in welchem Jahre die in Streit gezogene Anlage gemacht worden sey. Dieß ängstlich zu untersuchen, sey nicht nöthig, sondern es sey genug, wenn nur einigermassen bewiesen werden könne, um welche Zeit ohngefähr das Werk seinen Anfang genommen habe. Der Richter müße also bey der Untersuchung des Ursprungs des Werks etwas weiter gehen, und ἐν πλατει [91]) verfahren, wie die

90) So erklärt der griechische Scholiast den Ausdruck operis facti memoria Brissonius de Verb. iur. Signif. erklärt das Wort *memoria* durch recordatio.

91) Den griechischen Ausdruck ἐν πλάτει, welcher in mehreren Stellen der Pandecten vorkommt, als *L.* 3. *D. de condict. tritic.* *L.* 13. *D. de solut.* *L.* 12. §. 2. *D. Rem. ratam hab.* übersetzt Torelli in laxitate et amplitudine. *Andr.* Alciatus Dispunction. Lib. II. cap. 11. latius. *Jac.* Curtius Εἰκαστῶν Lib. I. cap. 18. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. V. pag. 112.) sagt, ἐν πλάτει intelligenda sunt, in quibus ratio

Griechen zu sagen pflegen. Ja selbst bey einer solchen Untersuchung ἐν πλάτει [92]) werde die Zeit, da das Werk,

ad liquidum non facile oratione perduci potest, et quae non acerbe vel amare sive stricte exigi solent, sed veluti cum quodam temperamento ex bono et aequo. HEINECCIUS in Opuscul. minor. pag. 73. glaubt hingegen, das ἐν πλάτει sey eben so viel, als das Vorhergehende *aliquo modo*, und der Sinn sey der: sufficere si *aliquo modo*, vel ut Graeci loquantur, ἐν πλάτει testis sciat, quando id opus factum sit. Endlich PAGENSTECHER in Epist. Amoeb. bey *Heineccius* in Opusc. minor. pag. 148. erklärt das ἐν πλάτει mit Beziehung auf *L.* 2. § 8. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* durch *non ad liquidum*.

92) Schon *Corn. van.* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 8. §. *Aurem* sahe ein, daß das Griechische ἐν πλάτει zweymal gelesen werden müße. Auch HEINECCIUS in Opuscul. minorib. pag. 72. hält wegen der Wortfügung enim potest eine Gemination für nothwendig. Zwar bemerkt DUCKER in Opusc. var. de Latinitate vet. ICtorum pag. 330. not. 6. daß enim für nam, auch ohne daß Etwas vorausgeht, bey den Classikern, ja selbst bey Cicero, nicht ungewöhnlich sey. Allein wir haben diesen Behelf gar nicht nöthig. Auch in dem oben aus den Basiliken abgedruckten griechischen Scholium kommt zweymal nach einander ἐις πλάτος vor. Dieser noch von keinem Ausleger benutzte Beweis setzt also jene Meinung von einer Erklärung durch Gemination außer Zweifel. Offenbar unrichtig ist es aber, wenn PAGENSTECHER a. a. O. das εν πλατει von den Worten, Graeci dicere solent, trennen, und mit dem folgenden Comma verbunden wissen will. Nach seiner Erklärung soll Paulus so viel sagen, der Richter solle sehen, ob auf irgend eine Art bewiesen werden könne, wenn das Werk gemacht worden sey, d. i. in

über welches Klage erhoben worden, entstanden ist, nicht immer ausgemittelt werden können [93]), wenn man blos

welchem Jahre. Nun fahre Paulus fort. Eben dieß hätten auch die Griechen gesagt. Seine und der Griechen Meinung beweise er nun durch den nachfolgenden Satz, und weil er die Griechen zu Zeugen angerufen habe, so fange er das folgende Comma mit dem Griechischen ἐν πλάτει an, id est, *non ad liquidum* enim potest. Diese dem ganzen Zusammenhange der Worte widerstreitende Erklärung ist gar keiner Widerlegung werth.

93) *Guil.* Budaeus in Annotationib. in Pandect. ad h. L. fol. 197 b in fin. will zwar bey den Worten memoria *non* teneri, die Negation wegstreichen, und *memoria teneri* lesen. Er meint, diesen affirmativen Sinn erfordere der Nachsatz, *cum interim* etc. denn die Partikel *interim* sey hier adversativ. Der Sinn soll also der seyn. „Denn es könnte geschehen, daß zwar viele sich erinnern, das Werk sey nicht vor dem oder jenem Jahre gemacht, sich aber doch des Tages und Jahres nicht bestimmt erinnern können, wenn es gemacht worden sey." Auch Raevardus Varior. Lib. I. cap. 14. legt den Worten einen affirmativen Sinn unter, indem er sie auf folgende Art emendirt: *Non* enim potest hoc memoria non teneri. Eben so Heineccius in Opusc. minor. pag. 72. welcher den Text auf folgende Art zu restituiren vermeint: Εν πλατει enim potest hoc memoria *contineri.* Nicht minder Pagenstecher, a. a. O. welcher durch seine Erklärung von εν πλατει, *non ad liquidum*, den Worten: enim potest hoc memoria *non* teneri, wegen der doppelten Negation, ebenfalls einen affirmativen Sinn giebt. Allein daß diese Worte einen negativen Sinn haben, setzt wieder die oben abgedruckte Paraphrase des griechischen Scholiasten außer Zweifel.

diejenigen als Zeugen vernehmen wollte, die sich erinnern, daß das Werk gemacht worden sey. Denn man setze, der Kläger behaupte, dasselbe sey binnen dem und dem Jahre gemacht worden, und es wäre gerade Niemand vorhanden, der sich erinnere, in welchem Jahre er es gesehen habe. Deswegen kann aber doch nicht gesagt werden, das Werk sey seit undenklicher Zeit vorhanden. Der Richter müße also weiter nachforschen, ob nicht Zeugen vorhanden sind, welche den Ursprung der in Streit befangenen Anlage durch Erzählung von Andern erfahren haben. Denn auch ein solcher Beweis ist zulässig. Nur dann, wenn alle Zeugen einstimmig aussagen, daß sie es weder selbst gehört, noch gesehen haben, als das Werk gemacht worden, noch auch von denen gehört haben, welche dasselbe gesehen oder davon gehört hätten; und so denn immer weiter aufwärts steigen, in unbestimmten Ausdrücken *), sie hätten es nämlich auch von ihren Vorfahren und Voreltern, so weit sie sich deren erinnerten, nicht gehört [94]; nur dann könne man sagen, es sey von

*) Das Wort *infinite* bedeutet hier soviel als indefinite oder indeterminate, εἰς ἀπέραντον, wie der griechische Scholiast sagt. Das Wort *infinitum* kommt in dieser Bedeutung in den Gesetzen öfters vor. §. 4. *I. de heredib. instit.* *L.* 68. *pr. D. de rei vindic.* *L.* 4. §. 2. *D. de in litem iur.* S. *Ev.* OTTO Commentar. ad § 4. Instit. de heredib. instit.

94) Solche allgemeine Zeugenaussagen beym Beweise einer alten unfürdenklichen Sache kommen auch im kanonischen Rechte vor. *can.* 5. *C. XXXV. qu.* 6. und *Cap.* 5. *X. de testib.* und so werden auch in der Praxis die Artikel gefaßt, nämlich wahr, daß Zeugen es nicht allein für ihre Person also gesehen, sondern auch von ihren Eltern und Vorfahren

dem Ursprunge des streitigen Werks kein Andenken mehr vorhanden, sondern dasselbe von undenklicher Zeit her da gewesen, und die Klage falle weg [95]). Dieß scheint mir der ganz natürliche Sinn dieser schwierigen Stelle zu seyn, von welcher Cornelius van Bynkershök [96])

solches gehört, und nie anders erfahren noch gehört haben. S. *Io. Iod.* BECK Diss. de probatione per testes de auditu alieno deponentes. *Altorf.* 1711 Cap. 3. §. 8. Bey der actio aquae pluviae arcendae sind also Zeugen von Hörensagen zuzulassen. S. CUJACIUS in Commentar. in Libr. XLIX. Pauli ad Edictum ad L. 2. §. 1. D. de aqua et aqu. pluv. arc. (*Oper.* a FABROTO editor. Tom. II. pag. 702) und *Franc.* DUARENUS Commentar in Tit. Pand. de testib. Cap. IV. pag. 950.

95) Die letzte Periode Sed cum omnium etc. etc. haben die Ausleger auf verschiedene Art emendirt. RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 14. Sed cum omnium haec est opinio, —— qui vidissent aut audissent, et hoc infinite: similiter sursum versum accidet, *quasi* memoria operis facti non extaret. BUDAEUS Annotat. in Pand. c. l. et hoc infinite similiter sursum versum *acciderit, tum memoriam operis facti non extare.* Die Glosse des Accursius ändert zwar im Text nichts, glaubt aber, nach accidet müßten die Worte *absolvitur reus* verstanden werden. Nach dieser Erklärung können freylich die nachfolgenden Worte: *cum memoria operis facti non extaret*, unverändert bleiben, und der Sinn ist vollkommen richtig. Außerdem aber müßte wohl statt *cum* memoria vielmehr *tum* oder *tunc* memoria gelesen werden, wie auch die meisten Ausgaben lesen. S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. III. Lib. XXXIX. Tit. 3. Nr. XV. not. f. pag. 22.

96) Observat. iuris Rom. Lib. VII. Cap. 8. §. *Aurem* pag. 209. nach der Heinecc. Ausgabe.

sagt: Valde eius lectio est conturbata, et, si quae unquam, palam mendosa. Scio, quid editores, quid interpretes in eam fuerint ausi, si dixerim, ingentibus excidisse ausis, et neminem rotundam eius sententiam expressisse, dixero, quod res est, ob er gleich das Gesetz selbst nicht erklärt hat.

L. 29. SCAEVOLA *Libro nono Digestorum.*

Imperatores *Antoninus* et *Verus* Augusti Claudio Apolinari rescripserunt in haec verba. „Probationes, quae de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt [97]): sed et epistulas [98]), quae uxoribus missae allegarentur [99]), si de fide earum constitit [100]), nonnullam vicem instrumentorum optinere [1]) decretum est."

97) *Cod. Erl.* constare. Chevallon consistere. Diese Leseart zieht Brenkman in der Gebauerischen Ausgabe allen andern vor. Nach den Noten des Taurellius sollen die florent. Pandecten consisterent haben.

98) Hal. Miräus, Chevallon, und Baudoza epistolas. Nach des Torelli Adnotat. sollen Pand. flor. *epistulae* lesen. Auch Brenkman bemerkt in der Geb. Ausg. daß er in zehen Handschriften epistolae gelesen habe. Er selbst verwirft jedoch diese Leseart, weil die Construction den Nominativ nicht zuläßt.

99) Hal. und Miräus allegantur.

100) Hal. und Mir. si de fide earum consistat und einer in Parenthese eingeschlossen. Chevallon constiterit, mit gleicher Parenthese. Baudoza consistat, ohne Einschluß.

1) Eben so *Cod. Erl.* Russard, Charondas, und Gebauer.

§. 1. Mulier gravida repudiata [2]), filium enixa absente marito, ut [3]) spurium in actis professa est. quaesitum est an is in potestate patris sit: et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit: nec obsit professio a matre irata facta. respondit, veritati locum superfore.

Zu der Zeit, als Scävola das neunte Buch seiner Digesten schrieb, woraus unser Fragment genommen ist, waren die Kaiser Antoninus und Verus, deren Rescript er hier anführt, noch am Leben [4]). Es sind dieses diejenigen Kaiser, welche unter dem Namen der Divorum Fratrum bekannt sind. Scävola, der unter ihnen blühete, stand bey dem Kaiser Marcus Aurelius Antoninus in solchem Ansehen, daß er ihn, wie Capitolin [5]) erzählt, zum Beysitzer in seinem Auditorium machte [6]). Er lebte auch noch unter dem Kaiser Commodus, und scheint die Zeiten des Septimius Severus erreicht zu haben [7]).

Das Rescript, welches Scävola hier anführt, betrifft den Beweis der Kindschaft. Der Streit, welcher darü-

2) Chevallon, und Baudoza gravida et a marito repudiata. Merlin [et a marito] repudiata.

3) Hal. spurium mit Hinweglassung des ut.

4) S. *Io. Lud.* Conradi Diss. histor. crit. de vita et scriptis Quinti Cervidii Scaevolae ICti. *Lipsiae* 1755. Cap. 2.

5) *In Marco.* Cap. XI.

6) *L. 22. pr. D. ad SCtum Trebell.*

7) Es läßt sich dieses daraus schließen, was Scävola *L. 14. D. de div. temp. praescript.* sagt, wenn man damit den §. 8. *I. de Usucap.* vergleicht.

der vor Gericht erhoben wird, ob Jemand dessen Kind sey, dem es angehören soll, ist gewiß, wegen der davon abhangenden rechtlichen Folgen, eben so wichtig, als der deshalb zu führende Beweis mit Schwierigkeiten verknüpft [8]). Aber schwieriger noch auf Seiten des Vaters, als der Mutter. Denn die Mutter ist immer gewiß, sagt Paulus [9]) etiamsi vulgo conceperit. Daß sie das Kind gebohren habe, welches ihr Kind seyn soll, kann durch Zeugen, die bey der Geburt des Kindes gegenwärtig waren, z. B. durch Hebammen, bewiesen werden. Aber nur der ist als Vater des Kindes anzusehen, sagt derselbe Paulus, quem nuptiae demonstrant. Es ist aber noch nicht immer genug, daß die Ehe erwiesen werde, sondern das Kind muß auch aus dieser Ehe gebohren [10]), und überdem zur rechten Zeit gebohren seyn [11]), so wie denn auch nicht Gründe einer physischen Unmöglichkeit der ehelichen Beywohnung diesem Beweise entgegenstehen dürfen [12]). Ein directer Beweis kann also hier nicht erbracht, sondern nur eine dringende Vermuthung begründet werden, welche denn freylich einen Gegenbeweis zuläßt [13]). Zur Bescheinigung einer Quasi-

8) *Pet.* Müller Diss. de probatione filiationis. *Ienae* 1689. *Frid. Io.* Stock Diss. eiusd. argum. *Ienae* 1702.

9) *L. 5. D. de in ius vocando.*

10) *L. 6. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. L. 3. §. 1. D. de agnosc. vel alend. lib.*

11) *L. 12. D. de statu hom.*

12) *L. 6. D. in fin. de his, qui sui vel alien. iur. sunt.*

13) S. *Franc.* Duarenus Commentar. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 935. und besonders *Io. Ortw.* Westenberg Divus Marcus. Diss. VII. §. 4. sqq. (*Operum* a Jungio *editor.* Tom. III. pag. 86. sqq.)

Possession der Kindschaft gegen den Dritten, welcher den Status des Kindes bestreitet, würde jedoch schon der Beweis genügen, daß die Eltern das Kind als ihr Kind geliebt, dasselbe wie ihr Kind behandelt, und immer ihr Kind genannt haben, wie nach dem Zeugniß Ulpians [14]) ebenfalls die *Divi Fratres* an den Lucius Tiberianus rescribirt haben. Soviel die Beweismittel selbst anbetrifft, so haben die gedachten Kaiser in dem Rescript, welches unser Scävola anführt, den Beweis der Filiation dadurch zu erleichtern gesucht, daß sie dazu nicht blos Zeugen-Aussagen erfordern [15]), sondern auch den Briefen, die der Ehemann, welcher als Vater des Kindes angegeben wird, an seine Frau geschrieben hat, wo nicht eine vollkommene, doch wenigstens eine solche Beweiskraft beylegen, welche zur Begründung einer dringenden Vermuthung genügt; wobey denn freylich vorausgesetzt wird, daß ihre Aechtheit außer Zweifel sey. Dieß ist der Sinn der Worte, sed et *Epistolas,* quae uxoribus missae allegarentur, si de fide earum constitit, *nonnullam vicem instrumentorum obtinere,* decretum est, wie Westenberg [16]) diese Stelle ganz richtig erklärt hat. Wir haben daher nicht nöthig, dem Nicol. Catharinus [17]) zu folgen, wenn dieser auf seine Gefahr folgen-

14) *L. 1. §. 3. D. de Quaestionib.* Vid. Stock cit. Diss. Cap. III. Th. 2.

15) Cyrillus bemerkt in den Scholien der Basiliken Tom. III. pag. 48. lit. e. *μαρτυροῦσι καὶ μαῖαι, καὶ δοῦλαι.* i. e. *testimonium quoque perhibent nutrices et ancillae.*

16) Cit. loc. §. 12. pag. 90. sq.

17) Observation. et Conjecturar. Lib I. Cap. 42. (in *Thes.*

dermassen zu lesen erinnert: si de fide earum constitit *nonnihil*, vicem instrumentorum obtinere etc. Er hat nicht bedacht, was die Kaiser Diocletian und Maximian an einen gewissen Justinus rescribirt haben [18]): Non *epistolis* necessitudo consanguinitatis, sed *natalibus*, vel *adoptionis solennitate* conjungitur: nec adversus absentem hereditatis dividendae gratia, velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter, *substantiam perimit veritatis.* Sive itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistolam emisisti; sive familiae erciscundae, quasi pro coherede petitus arbiter doceatur, fraternitatis quaestio per haec tolli non potuit. Der Brief bewies zwar allerdings gegen den, welcher ihn geschrieben hatte; sobald dieser aber das Gegentheil bewies, so mußte der Irrthum der Wahrheit weichen [19]). Auf gleiche Weise rescribirten die Kaiser Valerianus und Gallienus an den Lucullus [20]): *Neque professio, neque adseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati praeiudicat:* et quae *ut filiis* testamento relinquuntur, juxta ea, quae a Principibus statuta sunt, non deberi, certi iuris est. Aber auch die Basiliken [21]) stehen jener Emendation im Wege. In

iur. Rom. Otton. Tom. I. pag. 495. und in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 777.)

18) *L.* 13. *Cod. h. t.*

19) S. *Ian. a* Costa Praelectiones ad illustrior. quosd. Titulos locaq. select. iur. civ. ad L. 13. Cod. de probat. pag. 239. sq.

20) *L.* 5. *Cod. de testament.*

21) Tom. III. Lib. XXII. Tit. I. Const. 29. pr. pag. 6.

diesen lautet der erste Theil unsers Fragments folgendermassen. Ὅτε περὶ παίδων ζητεῖται, οὐ μόνον μάρτυρες παρέχονται, ἀλλὰ καὶ αἱ πεμφθεῖσαι ταῖς μητράσιν αὐτῶν ἐπιστολαὶ πιστούμεναι· τάξιν ἐπέχουσιν ἀποδείξεων. i. e. *Cum de liberis quaeritur, non solum testes adhibentur, sed et epistolae matribus eorum missae, si de fide earum constet, vicem probationum obtinent.* Noch mehr aber wird man sich davon überzeugen, wenn man die Erklärung des griechischen Scholiasten [22]) damit verbindet, welche folgenden Inhalts ist. Λέγει ἡ διάταξις, μὴ μόνον διὰ μαρτύρων δύνασθαι τινα ἑαυτὸν ἀποδεῖξαι υἱὸν ὄντα τινός, ἀλλὰ καὶ δι' ἐπιστολῆς πρὸς τὴν τούτου μητέρα πεμφθείσης παρὰ τοῦ λεγομένου πατρός, ἐν ᾗ τυχὸν ὡς υἱοῦ μνήμην ἐποιήσατο· μόνον εἰ δυνάται δεῖξαι μὴ οὖσαν πλαστὴν τὴν ἐπιστολήν. i. e. *Ait constitutio, posse quem non solum testibus probare se filium esse alicuius, sed et epistola ad matrem eius missa ab eo, qui pater eius dicitur, in qua mentionem eius fecit quasi filii: si modo probari possit non esse falsam epistolam.*

Nun entscheidet Scävola §. 1. unsers Fragments noch eine andere Frage, nämlich ob die falsche Angabe der Mutter bey den obrigkeitlichen Geburtslisten der Kinder dem Manne in der Ausübung der Rechte der väterlichen Gewalt zum Nachtheil gereichen könne? Ein Mann hatte sich von seinem Weibe geschieden, welches schwanger war. Scävola braucht den Ausdruck *repudiata*. Dieß heißt aber nicht, der Mann habe die Frau blos im Zorne verstoßen. Ein solches Verstoßen, welches gewöhnlich nur

22) *Basilica*. Tom. III. pag. 48. lit. q.

zeitig war, wird in den Gesetzen[23]) *fribusculum*, oder wie andere[24]) lesen, *frigusculum* genennt, und dem divortium entgegengesetzt[25]). Hier hatte vielmehr der Mann sich auf immer von seiner Frau getrennt. Denn daß das Wort repudium sehr häufig für divortium genommen wird, ist aus mehreren Beyspielen[26]) bekannt. Die **Basiliken** (Tom. III. pag. 6.) haben den Ausdruck *διαζυγεῖσα; διαζύγιον* aber heißt Ehescheidung, divortium. Ein solches repudium war dem Ehemann zur Zeit des **Scävola** auch ohne alle, oder doch aus der geringsten Ursache erlaubt[27]); wenn nur übrigens die durch die Lex Iulia de adulteriis vorgeschriebene Form dabey beobachtet worden, und also die Ehescheidungsformel: TUAS RES TIBI HABETO vor sieben mündigen römischen Bürgern, als Zeugen dieser Handlung, war ausgesprochen worden[28]).

23) *L.* 32. *§.* 12. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

24) S. *Nic.* CATHARINUS Observation. et Conjecturar. Lib. III. Cap. 3.) *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 784.) und *Io. Frid.* JUNGHANS Historia iur. civ. de divortiorum causis et poenis. *Lipsiae* 1782. Cap. I. §. 7.

25) *L.* 3. *D. de divortiis.*

26) *L.* 2. *pr. et §.* 1. *D. eodem. L.* 59. *D. Soluto matrimon. L.* 29. *D. de manumiss. testam. L.* 43. *D. ad Leg. Iul. de adulter.*

27) JUNGHANS cit. Hist. Cap. III. §. 1. et 2.

28) *L.* 9. *D. de divortiis. L.* 43. *D. ad Legem Iul. de adulter. L. un. §.* 1. *in fin. D. Unde vir. et uxor.* S. *Ev.* OTTO Praefat. Tom. IV. Thes. iur. Rom. pag. 11. *Io. Guil.* HOFFMANN ad Legem Iuliam de adulteriis coercendis Lib. sing. Cap. V. §. 8. (in *Dan.* FELLENBERG *Jurisprud. antiqua* T. I. pag. 227.

Die geschiedene Frau gebahr nachher während der Abwesenheit ihres Mannes einen Sohn, und um sich an ihren Mann zu rächen, ging sie hin zu den Präfecten des aerarii Saturni, wie gerade damals durch eine Verordnung des Kaisers Marcus Antoninus war vorgeschrieben worden [29]), und gab diesen Sohn als einen spurius an. Denn so nannte man alle Kinder, welche entweder gar keinen gewißen Vater angeben können, oder einen solchen Vater haben, quem habere non licet [30]).

Die Mutter starb, und hinterließ das Kind zu ihrem Intestaterben. Nun entstand die Frage, ob das Kind in der väterlichen Gewalt ihres geschiedenen Ehemannes sey, und dieser daher, als Vater, dem Kinde den Befehl zur Antretung der mütterlichen Erbschaft geben könne? oder ob ihm nicht die von der Mutter des Kindes bey der öffentlichen Behörde geschehene Angabe hierin nachtheilig sey? Scävola entscheidet diese Frage verneinend. Die Mutter verdient hier keinen Glauben. Nicht darum, weil ihre Angabe im Zorne geschahe; sie würde, wenn sie auch bey ruhigem Gemüthe geschehen wäre, dem Kinde dennoch eben so wenig, als dem Vater desselben, der es als das seinige anerkannte, zum Nachtheile

sq.) und besonders *Ge. Aug.* Marche Historia iuris civilis de divortiis. *Lipsiae* 1764. §. 7. pag. 26. sqq. et § 9. pag 39—43.

29) *Iul.* Capitolinus *in vita Marci* cap 9. S. Conradi Diss. de vita et scriptis Q. Cervidii Scaevolae. Cap. 2. pag. 13.

30) *L.* 23. *D. de statu hom.* S. *Io. Theod.* Scheffer Diss. de spuriis eorumque iure. *Tüb.* 1734. Cap. I. nr. 2. et 3.

gereichen können, wie Weber[31]) sehr richtig bemerkt hat. Sie mag auch Ehebrecherin seyn, sagt Papinian[32]) und doch kann das Kind den Ehemann zum Vater haben. Der wahre Grund ist, weil eine solche Angabe der Mutter, wodurch sie noch dazu ihre eigene Schande bekennt, die aus einer rechtmäßigen Ehe entspringende, und für die Paternität streitende Vermuthung, wenn ihr sonst keine Gründe einer physischen Unmöglichkeit entgegenstehen, an und für sich nicht zu entkräften vermag[33]). Nur allein die Wahrheit kann also hier entscheiden, wie auch oben *L.* 13. *h. t.* der Kr. Trajan bey Celsus rescribirt hatte. Der griechische Scholiast[34]) hat die letzten Worte unsers Fragments so erklärt: *λέγει ὁ Σκαιβόλας· χρὴ τὸν τῆς ὑποθέσεως ἀκροώμενον μὴ τῇ καταθέσει πείθεσθαι τῆς μητρὸς, ἀλλὰ τὸ ἀληθὲς μᾶλλον σκοπεῖν.* i. e. *Respondit* Scaevola, *eum qui de causa cognoscit, matris depositioni fidem adhibere non debere, sed potius veritatem spectare.*

Dem Vater war es in dem Falle, von welchem Scävola spricht, nur hauptsächlich um die mütterliche

31) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. V. Not. 29. S. 148 f.

32) *L.* 11. §. 9. *D. ad L. Iul. de adulter. coërc.* Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

33) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 139. S. 277. der 2. Aufl. Man vergleiche auch *Franc.* Duarenus Commentar. in hunc Tit. Cap. III. pag. 937. und *Ulr.* Huber Eunom. Rom. ad h. L 29. §. 2 pag. 779.

34) *Basilica* Tom. III. pag. 49. not. e.

Erbschaft zu thun. Das Kind möchte immerhin ein spurius gewesen seyn; es würde auch, als ein solches, seine Mutter nach dem Senatusconsulto Orphitiano beerbt haben [35]). Allein war das Kind in der väterlichen Gewalt, so erwarb der Vater nach dem Rechte der damaligen Zeit die mütterliche Erbschaft, wenn er demselben den Befehl zur Antretung derselben gab [36]). Denn in Ansehung des mütterlichen Vermögens der Kinder hatte damals noch kein besonderes Recht statt [37]). Der Befehl des Vaters, welcher immer der Erbschaftsantretung vorausgehen mußte [38]), wurde aber besonders darum für nöthig gehalten, damit der Vater nicht wider seinen Wil-

35) §. 3. *I. de SCto Orphitiano.* Eben dieses bemerkt auch der griechische Scholiast in den Basiliken Tom III. pag. 49. lit. f. Καὶ ὁ σπούριος κληρονομεῖ τῆς μητρὸς, καὶ τῶν τῆς μητρὸς κογνάτων.

36) S. *Jos.* FINESTRES Praelect. Cervariens. s. Commentar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omitt. hered. P. II. Cap. 5. §. 27. sqq. pag. 318. sqq. und *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. de SCt. Tertull. et ad pr. I. de SCto Orphit.

37) S. *Christ.* RAU Histor. iur. civ. de peculiis. *Lipsiae* 1770. §. 9. Die Stelle aus Cajus *libro sing. ad SCtum orphitianum* nämlich die *L.* 8. *D. ad SCtum Tertull. et Orphit.* ist nicht entgegen. Denn wenn Cajus daselbst sagt: Sacratissimi Principis nostri Oratione cavetur, *ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat;* so war dem Vater dadurch der Gewinn der Erbschaft selbst noch keinesweges entzogen worden.

38) *L.* 25. §. 4. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

len durch die Erbschaft verpflichtet, und mit Schulden belastet würde [39]). Bey der Bonorum possessio war zwar der iussus patris nicht erforderlich, hier genügte schon die bloße Genehmigung [40]); allein ward die Erbschaft nach dem Civilrecht dem Kinde deferirt, wenn auch nicht gerade nach den Gesetzen der zwölff Tafeln, sondern nur ex Senatusconsulto Orphitiano, so blieb es bey der Regel, vermöge welcher der iussus patris nothwendig war [41]). Nach dem neuern Rechte ist die mütterliche Erbschaft ein peculium adventitium des Kindes, woran dem Kinde das Eigenthum, dem Vater hingegen nur der Nießbrauch zusteht [42]). Ist nun gleich die Einwilligung des Vaters auch nach dem neuern Rechte nöthig, so kann doch der Sohn wenigstens in dem Falle die Erbschaft selbst auf seine Gefahr antreten, da der Vater seine Einwilligung versagt [43]).

---

39) *L. 6. pr. D. eodem.*

40) *L. 6. §. 1. D. eodem.*

41) *L. 6. §. 2. D. eodem.* Ganz unrichtig hat diese Stelle *Franc.* Balduinus in Commentar. in Institut. Tit. de SCto Orphit. ad v. *Etiamsi alieno iuri subjecti sint.* pag. 425. verstanden. Man sehe Finestres c. l. §. 43. pag. 331. und Westphal syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente rc. §. 114. u. 115.

42) *L. 1. Cod. de bonis matern.*

43) *L. ult. §. 1. Cod. de bonis, quae liberis.*

L. 30. * * * * [44]) *Libro primo Responsorum Festo respondit.*

Si ancilla fuit, ad libertatem perductam non videri neque per fideicommissi relicti sibi probationem, nec quod alimenta sunt ut nutrici praestita.

44) In der Taurellischen Ausgabe ist hier für den Namen des Verfassers ein leerer Raum gelassen, welcher ohngefähr sieben bis acht Buchstaben enthalten könnte. Diesen Raum haben Haloander, Miräus und Baudoza durch das Wort *Idem* auszufüllen gesucht, weil sie geglaubt haben, dieses Fragment gehöre dem Scävola an, von dem das vorhergehende herrührt. *Jac.* Cujacius in Commentar. in Libr. I. Responsor. Cervidii Scaevolae (*Operum* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 224.) zweifelt jedoch an der Aechtheit dieses Fragments. Denn es steht nicht in den Basiliken. Nun befindet es sich zwar in der florentinischen Handschrift; allein Taurellius macht in seinen Adnotatis die Bemerkung, *Lex penult. et finalis parenthesi sunt conclusae, ut pro deletis notentur;* und Contius sagt in seiner Ausgabe mit voller Zuversicht; *delendas autem esse, magnum argumentum est, quod in nullis manuscriptis reperiuntur, quos quidem viderimus. Sane Graeci ad L. 8. D. de statu hom. citant. L. Imperatores pro ultima huius tituli.* Brenkmann in der Gebauer. Ausgabe des Corp. iur. bestätiget dieses noch mehr dadurch, daß er in den 13 Handschriften, welche er gesehen, die beyden letzten Gesetze dieses Titels nicht gefunden habe, und ich füge noch die Bemerkung hinzu, daß sie auch in unserm Cod. Erl. nicht stehen. *Andr.* Alciatus Dispunction Lib I. cap. 6. entdeckte zuerst diese Lücke, und ergänzte sie aus

Wenn ein Herr seiner Sklavin ein Fideicommiß hinterlassen hatte, ohne ihr jedoch dabey die Freyheit ausdrücklich vermacht zu haben; so entstand die Frage, ob nicht das Fideicommiß der Billigkeit nach so zu erklären sey, daß daraus der Wille des Testirers, die Sklavin solle auch die Freyheit haben, vermuthet werden könne? Der Verfasser unsers Fragments entscheidet diese Frage verneinend. Zwar war es unter den ältern Rechtsgelehrten vor Justinian streitig, ob die Einsetzung eines eignen Sklaven zum Erben, ohne ausdrückliche Freyheitsertheilung, gültig sey? Die meisten röm Rechtsgelehrten waren indessen der Meinung, die Einsetzung sey ungültig, und dieses behaupteten besonders Ulpian[45]) und Papinian[46]). Ihr Grund war, weil die Freyheit ein weit höheres und kostbareres Gut sey, als die Erbschaft. Es scheine also ungereimt zu seyn, die Freyheit zur recht-

den florentinischen Pandecten. Er hielt aber die *L.* 30. noch für einen Paragraphen der vorhergehenden *L.* 29. welche dem Scävola zugeeignet wird. So erscheint denn auch die *L.* 30. als der §. 2. der *L.* 29. in der Ausgabe des *Claud.* CHEVALLONIUS. Paris 1527. 8. und des BAUDOZA CESTIUS, und zwar in jener ohne alle Inscription, in der letztern aber mit der Inscription: IDEM *lib. Responsorum Festo respondit.* Erst Haloander trennte sie von der *L.* 29. fügte aber das Wort *Idem* in der Inscription bey, weil er den Scävola für den Verfasser hielt, obgleich solches in der florent. Handschrift nicht steht.

45) *Fragm. Tit. XXII.* §. 12. Sed si *sine libertate* sit institutus, omnino non consistit institutio.

46) *L.* 76. *D. de heredib. instit.*

lichen Folge einer hinterlassenen Erbschaft zu machen [47]). Noch wenigerem Zweifel war es also unterworfen, daß ein Herr seinem eigenen Sklaven ohne Libertät nichts gültig vermachen konnte. Papinian sagt es ganz bestimmt *Lib. XV. Quaestionum* [48]): Nec *sine libertate* aliquid servo *legari* potest. In dem Falle, wovon unsere L. 30. spricht, war zwar von einem Fideicommiß die Rede. Fideicommisse aber unterschieden sich vor Justinian besonders darin von Legaten, daß sie mehr nach dem Willen des Verstorbenen, als nach den Worten erklärt wurden [49]), und daher eine ausgedehntere Eigenschaft hatten, als Vermächtniße [50]), indem man leztere blos buchstäblich verstand, bey den erstern aber mehr die Willensvermuthung und Billigkeit eintreten ließ [51]) Die Fideicommissaria hatte überdem auch noch den Grund für sich, daß sie in dem Hause ihres verstorbenen Herrn Amme gewesen, und als solche, besser war gehalten worden, als eine andere Sklavin. Dieses alles schien also

47) S. VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. Qui et ex quibus causis manumittere.

48) *L. 76. D. de heredib. instit.* Ein wichtiges Zeugniß giebt uns auch PLINIUS *Lib. IV. Epist.* 10. Contuli cum prudentibus, convenit inter omnes, *nec libertatem deberi, quia non sit data: nec legatum, quia servo suo dederit.*

49) L. 127. *D. de legat. I.* L. 64. *D. de legat. II* *L.* 11. §. 19. *L.* 95. *D. de legat. III.* L. 57. §. 1. *D. ad SCtum Trebell.* *L.* 16. *Cod. de fideicommiss.*

50) §. 3. *I. de legat.*

51) S. *Theoph.* MARTIN Diss. lancem saturam discriminum inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obtinentium sist. *Goett.* 1787. §. X.

die Absicht des Erblassers vermuthen zu lassen, daß er seiner Sklavin mit dem Fideicommiß auch stillschweigend die Freiheit habe vermachen wollen. Dennoch war dieses alles noch nicht hinreichend, derselben die Freyheit zuzuerkennen. Denn gerade hierin war zwischen Fideicommiß und Legat kein Unterschied. So rescribirte auch Kaiser **Antoninus** an den **Sulpitius**[52]: Servis testamento dominorum *non data libertate* legatum seu *fideicommissum* relictum non valet: nec convalescere potest, licet post mortem testatoris libertatem aliqua ratione consecuti sint[53]. Eben so war aber auch die gute Gesinnung, die sonst der römische Hausvater aus Liebe zu seinen Kindern gegen die Amme derselben zu hegen pflegte, zur Begründung einer vermutheten Willensmeinung desselben für die Ertheilung der Freyheit nicht hinreichend, wenn sie ihr nicht zugleich mit dem Legate oder Fideicommiße namentlich war vermacht worden[54]. War dieses nicht geschehen, so konnte ein Herr seinen eignen Sklaven nur allenfalls den Unterhalt vermachen[55]. **Justinian** sanctionirte nun zwar nachher

52) *L.* 4. *Cod. de legatis.*

53) Ein Gleiches galt von den eignen Sklaven des Erben. *L.* 8. § 1. *D. de legat. III.* S. **Westphals** Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 43.

54) S. *Jac.* Cujacius Comment. in Tit. de probationib. ad h. L. 30. (*Oper.* a Fabroto editor. Tom. IV. P. I. pag. 924.) und *Ejusd* Commentar. in libr. I. Responsor. Cervidii Scaevolae. (Tom. III. *Oper.* pag. 224.)

55) *L.* 113. §. 1. *D. de legat. I.* *L.* 16. *D. de legat. annuis.* *L.* 17. *D. de alimentis vel cibar. legat.*

die billigere Meinung des Atilicinus [56]), und verordnete, daß ein Herr seinen Sklaven, auch ohne besondere Erwähnung der Freyheit, gültig solle zum Erben einsetzen können [57]), weil es nicht wahrscheinlich sey, daß ein Herr, welcher seinen eignen Sklaven zu seinem Erben ernannt hat, ohne ihn jedoch dabey ausdrücklich die Freyheit geschenkt zu haben, gewollt habe, daß der eingesetzte Erbe ein Sklave bleiben, und Niemand sein Erbe seyn solle [58]). Dennoch ließ er in Ansehung der Vermächtniße und Fi-

L. 39. §. 2. *D. famil. ercisc.* S. Cujacius Comment. in Lib. I. Responsor. Cervid. Scaevolae. ad L. cit. 39. *Oper.* Tom. III. p. 210. und Westphal Syst. der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 98.

56) *Pr. I. de heredib. instituend.* Hodie vero etiam *sine libertate*, ex nostra Constitutione heredes eos (sc. *proprios servos*) instituere permissum est. Quod non per innovationem introduximus, sed quoniam et aequius erat, et Atilicino placuisse *Paulus* suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. *Franc.* Hotomanus in Commentar. ad Instit. h. l. pag. 182. meint, daß auch Paulus, der über den Massurius Sabinus und Plautius commentirte, derselben Meinung gewesen sey.

57) *L.* 5. *Cod. de necessariis servis heredib. instituend.* und *Em.* Merillius in Expositionib. in L. Decision. Justiniani. ad h. L. in *Operib. Neapoli* 1720. edit. Tom. II. pag. 100 — 103.

58) §. 2. *J. Qui et quibus ex causis manumitt. non poss.* cum non est verisimile, eum, quem heredem sibi elegit, si praetermiserit libertatis donationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore.

deicommisse das ältere Recht unabgeändert [59]). Hier soll jene zu Gunsten der Freyheit gesetzlich angenommene conjectura voluntatis nicht Platz greifen; jedoch dem Sklaven das Legat oder Fideicommiß, wenn er gleich in der Sklaverey bleibt, von dem Erben geleistet werden. Merille [60]) setzt den Grund dieses Unterschiedes darin, weil eine Erbeneinsetzung ehrenvoller sey, als ein bloßes Vermächtniß, und beruft sich deshalb auf die *L. 5. §. 6. D. de legatis praestand. contr. tab. B. P. petita.* Allein der Grund scheint mir vielmehr darin zu liegen, weil, wenn die Erbeinsetzung ungültig ist, das Testament zu Grunde geht; das Legat aber der Sklave auch ohne Freyheit genießen kann; darum nahm Justinian blos bey der Erbeinsetzung eine stillschweigende Manumission zur Erhaltung des Testaments zur Hülfe.

---

59) *L. 5. §. 2. Cod. de necessar. servis.* Illo videlicet observando, ut si *legatum*, vel *fideicommissum* eis *sine libertate* relinquatur, maneant in servitute: non tamen ita impii heredes existant, ut liberalitatem testatoris, et serviles labores debita remuneratione defraudare conentur, et non derelictum, licet adhuc servis constitutis, donent.

60) Cit. loc. ad §. 2. L. 5. Cod. cit. pag. 103.

L. 31.[61]) *Libro secundo Mactorio Sabino*[62]).

Commemorationem in chirographo pecuniarum, quae ex alia causa debere[63]) dicuntur[64]), factam, vim obligationis non habere.

Mehrere Rechtsgelehrten machen der Sanction dieses Gesetzes den Vorwurf, daß sie auf keinem gerechten Grunde beruhe. Daher werde auch dieses Fragment in den florentinischen Pandecten, als ganz unnütz, in Haken eingeschloßen. So Autumnus, Mornac und Grönewegen. Man sagt überdem, das ganze Gesetz sey vom Justinian durch die *L. 13. Cod. de non numerata pecunia* aufgehoben. Allein wie höchst ungerecht dieser Vorwurf sey, und wie wenig diese Verordnungen einander entgegenstreiten, hat schon Ulrich Huber[65]) dargethan. Um dieses näher zu beurtheilen, ist vor allen Dingen der richtige Sinn unsers Fragments zu bestimmen. Dieser ist folgender.

Wenn in einem Schuldscheine, noch eines andern Schuldscheins, oder einer andern Schuld gedacht wird, die vielleicht aus einem früheren Darlehn, oder aus ei-

61) Haloander, Chevallon, Miräus und Baudoza schalten hier Idem ein.

62) Haloander respondit Materno Sabino. Baudoza ad Masurium Sabinum respondit. Brenckman bey Gebauer M. Actorio Sabino.

63) Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin, Hugo a Porta, Baudoza, und die Pariser Ausgabe von 1576. *apud Sebastianum Nivellium* f. lesen alle deberi.

64) Chevallon dicantur.

65) Eunomia Romana, ad Lib. XXII. eiusq. L. ult. h. t. p. 780. sq.

nem Kaufe, oder aus einem andern Grunde entstanden ist, mit derjenigen Schuld aber, worüber der Schuldschein ausgestellt worden, in keiner Verbindung steht; so begründet diese bloße Erwähnung noch kein Forderungsrecht für den Inhaber desselben, wenn er behauptet, daß ihm der Aussteller noch aus einem andern Contract schuldig sey, wenn nicht durch Production des in dem Chirographum erwähnten Schuldscheins im Original, oder auf andere Art bewiesen wird, daß diese Schuld ihre Richtigkeit habe [66]).

Von ganz anderm Inhalte ist die *L.* 13. *Cod. de non numerata pecunia.* Hierin ist nicht von Erwähnung einer andern Schuld, sondern von eben derselben die Rede, worüber der Schuldschein ausgestellt worden ist, wo das Darlehn durch ein demselben vorausgegangenes, und in der Handschrift besonders angeführtes rechtliches Geschäft begründet wurde. Hier soll kein weiterer Beweis einer Numeration von dem Gläubiger erfordert werden, sondern der Aussteller der Handschrift soll den wider ihn vorhandenen Beweis durch den strengsten Gegenbeweis entkräften. Es ist dieses Gesetz schon an einem andern Orte [67]) ausführlicher erklärt worden. Durch diese Verordnung ist also die *L. ult. h. t.* so wenig aufgehoben worden, daß vielmehr der Inhalt derselben durch

66) *Jac.* Cujacius Comment. in Lib. II. Responsor. Cervid. Scaevolae ad h. L. ult. *Oper.* a Fabroto editor. T. III. p. 230. und in Comment. in Tit. 3. Lib. XXII. Dig. de probat. ad h. L. *Oper.* Tom. IV. P. I. pag. 924.

67) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 786. S. 106 — 109.

ein noch neueres Gesetz des Kaisers Justinian bestätigt worden ist. Es ist die Novelle 119. Kap. 3. wo die Worte nach Hombergks Uebersetzung so lauten. Insuper et hoc jubemus, si quis in instrumento aliquo alterius instrumenti mentionem fecerit, ut nulla ex hac mentione exactio fiat: nisi alterum quoque instrumentum, cuius mentio in altero facta est, proferatur, vel aliter secundum leges probetur, quantitatem, cuius mentio facta est, revera deberi: hoc enim *in veteribus etiam legibus* invenimus [68]). Es ist sehr merkwürdig, daß sich Justinian hier auf die ältern Gesetze bezieht, welches der Aechtheit unserer *L. ult.* ein nicht geringes Gewicht giebt. Denn daß diese Gesetzstelle in der florentinischen Handschrift mit Haken eingeschlossen ist, beweist noch nicht gleich deren Unächtheit, sondern ist nur ein Erinnerungszeichen, daß diese Stelle sich nicht in allen Handschriften finde. Da sich nun, außer unserm Fragment, sonst nichts darüber in den ältern Gesetzen findet, so ist es sehr wahrscheinlich, was auch Huber [69]) meint, daß Justinian dasselbe im Sinn gehabt habe. Es ist auch nicht wohl zu begreifen, warum es gerade vernunftwidrig sey, und mit der Treue und Redlichkeit im Widerspruche stehen sollte, wenn einer solchen blos beyläufig und nur im Vorbeygehen geschehenen Erwähnung einer Schuld in einer

68) Es ist daraus die Auth. *Si quis* Cod. de edendo genommen. S. *Jac.* Cujacii Exposit. Nov. CXIX. *Matth.* Stephani Commentar. in eand. Nov. nr. 10. pag. 674. *Jo. Conr.* Rittershusen in Jur. Justin. P. IX. Cap. 27.

69) Eunomia Rom. ad h. L. §. 2. in fin. pag. 781.

Handschrift, welche über eine ganz andere damit in keiner Beziehung stehende Schuld ist ausgestellt worden, die Verbindungs- und Beweiskraft abgesprochen wird, indem es vielmehr in vollkommener Harmonie mit der klaren Vorschrift derjenigen Gesetze [70]) steht, nach welchen nur ein solcher Schuldschein wider den Aussteller vollkommen beweisen, und den Inhaber desselben ein Klagerecht geben soll, der über eine Schuld, mit Anführung des früheren Rechtsgeschäfts, wodurch dieselbe begründet worden ist, ist ausgestellet worden.

So wie nun nach dem Inhalte unsers Fragments eine blos neben bey geschehene Erwähnung einer Schuld in einer Handschrift, die über eine andere Schuld ist ausgestellt worden, dem Gläubiger an sich noch kein Forderungsrecht giebt; so schadet ihm dagegen auch die nicht geschehene Erwähnung einer früheren Schuld in einem über eine nachher noch entstandene Schuld ausgestellten Chirographum an seinem Forderungsrechte nichts, wenn sonst die Schuld ihre erweisliche Richtigkeit hat, wie **Paulus** *libro IV. Responsorum* [71]) ausgesprochen hat: Lucio Titio cum ex causa iudicati pecunia deberetur, et eidem debitori aliam pecuniam crederet: in cautione pecuniae creditae non adjecit sibi praeter eam pecuniam debitam sibi ex causa iudicati. Quaero, an integrae sint utraeque Lucio Titio petitiones? PAULUS respondit, nihil proponi, cur non sint integrae.

70) *L. 5. et L. 13. Cod. de non num. pec.*

71) *L. 29. D. de obligat. et action.*

Ergänzungen und Berichtigungen.

Zu *L.* 1. S. 232.

1) In Ansehung der Leseart. Chevallon quaeritur. Miräus statt oportet, oportere.

2) In Ansehung der Erklärung hat Cujaz in Commentar. ad Tit. 3. Lib. XXII. Dig. de probat. Operum a Fabroto editor. Tom. IV. P. I. pag. 908. seine Meinung (S. 235.) wieder geändert, indem er den Ausdruck *gentem habere* so erklärt, iura gentilitatis ac familiae habere, und daselbst behauptet, genus sey von gens nicht unterschieden, sondern Beydes bedeute dasselbe.

Zu *L.* 6. S. 264.

1) Leseart. Chevallon und Miräus: Patronus manifeste docere debet.

2) Commentar. Cujaz Comment. in h. Tit. Dig. ad h. L. T. IV. P. 1. *Oper.* p. 910. bezieht dieses Fragment auf die actio Faviana, welche Statt hatte, wenn der Freygelassene mit Hinterlassung eines Testaments verstorben, und durch Schenkungen unter den Lebenden (so erklärt er den Ausdruck *dedisse*) sein Vermögen zum Nachtheil des Patrons vermindert hatte. Die actio Calvisiana gehöre nicht hierher, denn diese habe nur Statt gehabt, wenn der Freygelassene ohne Testament verstarb.

L. 3. §. 3. *D. Si quid in fraudem patroni. L.* 2. *C. eodem.* Allein warum die L. 6. nicht auf beyde Klagen zu beziehen sey, ist nicht abzusehen. Man sehe vielmehr *L.* 1. §. 11. *D. eodem.*

S. 265. Lin. 14. ist statt gen vielmehr mögen zu lesen.

S. 271. Not. 48. Cujacius in Comm. in h. Tit. p. 911. will die Leseart *ex indiciis* in der *L.* 6. *C. de dolo malo* verwerfen, und dafür *ex insidiis* lesen, welches denn soviel heissen soll, als ex machinis perspicuis. Allein zu dieser Emendation ist kein hinreichender Grund vorhanden.

Zu *L.* 8. S. 276.

1) Leseart. Chevallon: Si filius in potestate patris *se* esse neget. Miräus hat das *se* in Haken eingeschlossen.

2) Commentar. Cujacius in Comm. cit. ad h. L. p. 911. bemerkt hier Folgendes: Haec lex non pertinet ad certum actionum genus, sed ad *cognitionem praetoriam*, per quam disceptatur, filius sit in potestate patris nec ne. Nam si quis dicat, filium esse in sua potestate, et filius neget, de hac extra ordinem disceptatur. L. 3. §. 3. in fin. *et* §. 4. *D. liberis exhibend.* (XLIII. 30.) *L.* 1. §. 2. *D. de Rei vindicat.* Quaero, quis in hac causa debeat probare? Lex ait, filium probare debere. *Nam haec negatio pro affirmatione est: effectu enim dicit, se esse liberum vel emancipatum. Ideoque et servus, qui se liberum dicit, hoc probare debet. Praeterea pietas, quae patri debetur, hoc exigit, ut ipse potius filius suscipiat onus probandi. L.* 1. *L. ult.* D. *de obsequiis parentib. praest.* Notandum de patria potestate disceptari, non tantum *cognitione praetoria*, sed etiam *praeiudicio*, id est, actione praeiudiciali reddita inter patrem et filium. *L. cit.* 1. §. 2. Allein daß die hier vom Cujaz angeführten Gründe nicht die wahren Entscheidungsgründe sind, und überhaupt der wahre Gesichtspunct nicht gefaßt worden, habe ich in meinem Commentar über dieses Gesetz gezeigt.

Zu *L.* 9. S. 283. ff.

1) Leseart. Chevallon: ut ipsius duntaxat persona coarctaretur. Miräus: ut ipsius duntaxat [debitoris] persona artaretur. Merlin: ut ipsius duntaxat [debitoris] persona coarctaretur.

2) Commentar. Auch Cujaz in Comm. ad h. L. p. 913. erklärt dieses Gesetz von der exceptio de non petenda pecunia. Hat übrigens nichts Erhebliches dabey bemerkt. Ich bemerke nur noch, daß die S. 286. mit mehreren Rechtsgelehrten angenommene Meinung, das Edict des Prätors de pactis sey hauptsächlich auf die pacta de non petendo gegangen, zwar von *Jo.* Richei in Vindiciis Praetoris Rom. et iuris honorarii. *Lugduni Batavor.* 1748. 8. §. XI. Not. ***. p. 59—66. angefochten worden; allein die von ihm für die entgegengesetzte Meinung angeführten *L.* 1. 4. 5. *et* 6. *D. de pact.* entkräften sie im mindesten nicht. Die *L.* 13. *Cod. de pact.* aber spricht von pactis in bonae fidei contractibus adjectis, aus welchen nicht der Prätor, sondern schon das Civilrecht eine Klage gab, wenn sie in continenti angehängt waren worden, weil sie als ein Theil des Contracts angesehen wurden. *L.* 7. §. 5. *D. de pact.* *L.* 72. *D. de contr. emt.* Endlich die *L.* 29. *C. eodem.* redet von dem pacto de non utenda fori praescriptione, welches der Kr. Justinian gegen die Zweifel einiger älterer Rechtsgelehrten für gültig und verbindlich erklärt, und sich dabey auf das Edikt des Prätors: *Pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnino observanda sunt*, beruft; und diese Anwendung des Edicts zur Bestätigung eines pacti de non utendo iure suo dürfte wohl eher einen Beweis gegen Richei, als für ihn geben.

Zu *L.* 10. S. 289.

Commentar. Cujaz Comment. ad L. h. pag. 914. bezieht dieses Fragment des Marcellus auf die actio finium regundorum, und beruft sich dabey auf *L.* 11. *D fin regundor.* Er versteht daher unter census, die libros et tabulas censua-

les, in quibus possessiones et iugera omnino describebantur. *L.* 4. *D. de censibus.* MONUMENTA PUBLICA erklärt er durch monumenta finalia, quae scilicet inscripta sunt literis designantibus nomina dominorum et fines agrorum. Ea monumenta, bemerkt Cujaz weiter, praestabant vicem terminorum, quorum erant varia genera, erant *bodones.* PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 22. § 2. *Grumi,* δι λίθοι, δωρίζονται, τοῦς ὅρους, et *monumenta* etiam, de quibus est constitutio *Tiberii* apud FRONTINUM libro de Limitibus. *Omne,* inquit, *monumentum nomina dominorum testatur, quae ad iura possessionum pertinere noscuntur.* Horum omnium auctoritas potior est testibus, id est, adversus eorum scilicet censuum et monumentorum, auctoritatem frustra testes producuntur.

Zu L. 11. S. 297.

1) Leseart. Chevallon: quorum *officium* fuit. Merlin und Chevallon: *idonee* caveretur.

2) Commentar. Mit diesem Fragment ist noch *L.* 7. *D. de magistrat. conven.* zu verbinden, welche aus eben den *Libro XI. Digestor.* des Celsus genommen ist, und zur Not. 49. S. 298. die *L.* 2. *D. eodem* hinzuzufügen.

Zur L. 12. S. 301.

1) Leseart. Chevallon, Miräus, Merlin, Hugo a Porta und die Pariser Ausgabe vom Jahr 1576. haben Idem scriptum. Chevallon, Miräus, Merlin: *an* oblitus. Miräus: si creditum *petatur.*

2) Commentar. Celsus sucht dem Einwurfe, daß doch sonst nicht dem Beklagten, sondern dem Kläger der Beweis obliege, dadurch zu begegnen, daß er sagt, es gebe allerdings Fälle, wo auch der Beklagte beweisen müsse. Der Fall trete bey der Schuldklage ein, wenn der Beklagte einwendet, die Schuld sey bezahlt. *L.* 1. *Cod. de probat. L. ult Cod. de solut. L.* 10. *Cod. de non numerata pecunia.* S. CUJACII Commentar. in h. L. 12. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 915. sq.

Zu L. 13. S. 302. ff.

1) Leseart. Chevallon und Miräus: cum de statu aetatis alicuius *quaeritur*. Chevallon, Mir. und Merlin: *ei* potissimum stare. Chevall. und Miräus: quae noceat. Mir. ex quo *praecipue* fidem etc.

2) Commentar. Cujaz. Commentar. ad h. L. pag. 916. bezieht dieses Fragment auf die restitutio in integrum. *L.* 39. *L.* 40. *D. de minorib.* Er setzt jedoch hinzu: Potest etiam referri ad actionem negotiorum gestorum, quae datur adversus curatores ei, qui se maiorem dicit, et res suas vult a curatoribus recipere: nam hic debet probare se maiorem esse. Unter *Status aetatis* versteht er die Großjährigkeit, ein Alter von 25. Jahren, denn dies nenne Papinian *L.* 77. §. 14. *D. de legat. II.* ad statum suum pervenire; und unter *professiones*, die professiones natalium, nicht die professiones censuales, obwohl auch bey census das Alter angegeben wurde. *L.* 3. *D. de Censibus.*

Zu L. 14. S. 312. ff.

1) Leseart. Chevallon und Miräus: et quidem si *in possessione* libertinitatis fuit. Chevall. hoc est, ut ingenuus esse pronuncietur. Chevall. Miräus, und Merlin: obtemperari. Ebendieselben *probanti* statt der unrichtigen florent. Leseart probandi.

2) Commentar. S. *Iac.* Cuiacii Commentar. in h. L. 14. *Oper* T. IV. P. I. pag. 912.

Zu L. 15. S. 318. ff.

1) Leseart. Miräus: qui probari *posset* — filius *mortuus* non esse. S. 319. Not. 49. Z. 1. ist defuncti zu lesen.

1) Commentar. Zu S. 321. Z. 1. *L.* 1. *pr. D. de adopt. L.* 14. *Cod. de probat.* S. Cujaccii Commentar. in h. L. 15. p. 917.

Zu L. 18. S. 328. ff.

Leseart. Cheval l. und Merlin imposita probatione. Commentar S. 330. Z. 2. ist praeiudicium; S. 331. Z. 22. giebt. S. 332. Not. 97. Z. 1. Cap. 37. und S. 333. Z. 2. ingenuus zu lesen. S. 334. Z. 9. ist bey Duaren die Notenzahl 2) zu ergänzen.

Iac. Cujacius Comm. ad h. L. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 912. erklärt die S. 331. Not. 39. angeführte *L.* 12. *D. de except.* folgender maßen. Lex autem illa non potest referri ad exceptiones, sed ad actiones, et est coniungenda cum *L. ult. D. Si ingenuus esse dicatur.* Sciendum, in actionibus praeiudicialibus eum probare, secundum cuius intentionem actio data et concepta est. Ut praeiudicio certatur inter Titium et Caium. Titius dicit se esse patronum, Caius vero dicit se esse ingenuum. Si ita sit data actio: *Si paret Titium patronum esse*; Titius actoris partes sustinet. Si vero ita data sit actio: *Si apparet Caium ingenuum esse;* Caius actor intelligitur. Neque vero obstat his quae diximus *L.* 18. *h. t.* Nam sententia eius haec est: licet in praeiudicio patronus non probet, in praeiudicio scilicet, quo agit libertus, dicens se ingenuum, aut quo agit libertus proclamans in ingenuitatem, hic patronus non debet probare. Verum si retro ipse patronus operas petat officiales, quae a solis libertis debentur, tum ipse debet probare, se esse patronum, atque adeo sibi deberi operas officiales.

Zu L. 19. S. 337. f.

§. 1. Chevallon: abfuisse *dicatur.* Merlin: abfuisse [se] dicat. Chevallon: quominus sisteret.

§. 3. Chevallon: quae *compensata* dicitur.

Zu L. 21. S. 350. f.

S. 356. Z. 2. l. solche.

Zu L. 23. S. 366. f.

S. *Iac.* Cujacii Comment. ad. h. L. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 919.

Zu L. 24. S. 368.

Z. 1. l. cancellatum.

S. 370. Not. 24. Z. 5. l. chirographum. Vergl. Cujacii Comm. ad h. L. c. l. pag. 919.

Zu L. 25. S. 372. ff.

Cujaz Commentar. ad h. L. c. l. pag. 920. hält dieses Gesetz für eine Constitution des Kaisers Justinian, die er unter dem Namen des Paulus erlassen habe. Dieß habe auch Justinian dem Tribonian erlaubt. *L.* 2. *Cod. de vet. iure enucl.* Allein ich habe dieses Phantom im Commentar widerlegt.

Das Wort *indiscrete* §. 4. erklärt er durch nulla expressa causa, und führt dabey *L.* 8. §. 1. *Cod. de praescript. XXX. vel. XL. ann* und *L.* 49. §. 3. *Cod. de Episcop. et Cler.* an, bemerkt jedoch, daß in dem letztern Gesetz *indiscrete* für *indistincte* gelesen werden müße.

Zu L. 26. S. 391.

S. *Iac.* Cujacii Comment. in Tit. Dig. de probat. ad. h. L. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 922.

Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich <<
von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein
Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 21,2

Erlangen (1820)

J.rom.c. 137-21,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565413-9
VD18 9022521